Der Kampf des Monopolisten gegen den Außenseiter als wettbewerbsrechtliches Problem

Vorstudien zu einer Untersuchung über die Struktur des Wettbewerb- und Kampfrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Franz Böhm

1933
Carl Heymanns Verlag

Referent:

Professor Dr. Heinrich Hoeniger

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen keine Stellung.

Inhaltsverzeichnis

III. Kapitel

Die Verschiedenheit der Kampfmethode (objektiver Unterschied)

I. Teil

Die Begriffe des Wettbewerbes und des Monopolkampfes

I. Kapitel

Der Unterschied im Kampfziel (subjektiver Unterschied)

1. Einleitung

Mit der Zunahme von Kartellen und anderen Formen der privaten monopolistischen Marktbeeinflussung hat sich neben dem Konkurrenzkampf im engeren Sinne (d. h. im Sinne der klassischen Nationalökonomie) eine grundsätzlich anders beschaffene Art des Wirtschaftskampfes entwickelt: Der Kampf des privaten Monopolisten gegen den Außenseiter.

Diese beiden Arten von Kampf unterscheiden sich zunächst einmal in bezug auf das Kampfziel: Der Wettbewerber kämpft, um in einem konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustande wirtschaftlich bestehen zu können, oder wirtschaftlich vorwärts zu kommen. Der Monopolkämpfer aber kämpft, um eine (wenn auch nur relative) Monopolstellung auf dem Markte zu erobern oder zu verteidigen, d. h. aber, er kämpft, um den konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustand, den der normale Wettbewerber als Schicksal hinnimmt, zu beseitigen oder einzuschränken und sich durch diese Veränderung der Marktverfassung zusätzliche Gewinnmöglichkeiten zu eröffnen.

2. Das Kampfziel des Wettbewerbers

Solange auf irgendeinem Markte der Zustand des freien Wettbewerbes besteht (und zwar dergestalt, daß viele miteinander konkurrieren, ohne daß sich bei einem einzelnen von ihnen ein ausschlaggebender Teil des Gesamtangebots oder der Gesamtnachfrage konzentrierte), spielen sich die Preise, die Bedingungen, die Qualitäten usw., kurz alle wesentlichen Umstände des Angebots nach Maßgabe eines bestimmten Verfahrens ein (und zwar eben des Wettbewerbsverfahrens), ohne daß der einzelne Konkurrenzbeteiligte einen wesentlichen Einfluß auf das Ergebnis dieses Einspielens hätte. Wer seine Leistungen unter dem Niveau hält, das sich auf dem Markte eingespielt hat, oder wer seine Preise über dieses Niveau hinaufschraubt, hat keine Aussicht, von den Abnehmern zur Bedarfs=

deckung herangezogen zu werden. Das konkurrenzbeherrschte Marktgeschehen setzt also sozusagen eine Minimalgrenze für die aufzuwendende ökonomische Leistungskraft und eine Maximalgrenze für das erzielbare Leistungsentgelt fest mit der Wirkung, daß die Unter- bzw. Überschreitung dieser Grenze automatisch privatwirtschaftlichen Mißerfolg nach sich zieht. Infolgedessen kann sich der Wettstreit der Beteiligten nur um den Anteil an demjenigen Wirtschaftserfolge abspielen, der *innerhalb* der vom Markte gezogenen Preis- und Leistungsgrenzen erzielbar ist. Nur wer innerhalb dieser Grenzen seine Kosten herauszuwirtschaften vermag, hat Aussicht, sich im Wirtschaftsleben zu halten. Jeder einzelne muß daher bestrebt sein, mindestens einen so großen Umsatz zu erzielen, daß der Gesamtertrag aus den getätigten Geschäften den Gesamtkostenaufwand deckt. Derjenige Betrieb, der diesen Ausgleich gerade noch zu Stande bringt, ist der *Grenzbetrieb*[1]).

Die Fähigkeit, sich auf dem Platze des Grenzbetriebes zu halten, ist also das Mindeste an wirtschaftlichem Leistungsvermögen und an wirtschaftlicher Kampfkraft, was von einem Wettbewerber verlangt werden muß. In der Regel wird freilich der Ehrgeiz des Konkurrenten auf einen sehr viel besseren Erfolg gerichtet sein. Das Höchsterreichbare ist hierbei die Erzielung des privatwirtschaftlich optimalen Umsatzes, d. h. desjenigen Umsatzes, der erforderlich ist, um bei gegebener Marktlage und bei gegebenen Kostenfaktoren das günstigste Verhältnis zwischen Ertrag und Aufwand herzustellen.

Wir können also nunmehr das typisch wettbewerbliche Kampfziel noch näher bestimmen und sagen: *Der Wettbewerber kämpft, um in einem konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustande mindestens den Umsatz des Grenzbetriebes und höchstens das privatwirtschaftliche Umsatzoptimum zu erzielen.* Zu diesem Zwecke muß sein Bestreben darauf gerichtet sein, die erforderliche Anzahl von Einzelgeschäften abzuschließen. Soweit sich andere Rivalen um die gleichen Geschäfte und um die gleichen Kunden ebenfalls bewerben, gilt es daher, das Zustandekommen der betreffenden Geschäfte mit diesen Rivalen zu vereiteln, bzw. die betreffenden Kunden dem Rivalen abspenstig zu machen.

3. Das wirtschaftliche Kampfziel des Monopolkampfes

a) Monopolbesitz und Monopolstreben

Das System der Konkurrenz hat nun aber für den vom Gewinnstreben beseelten Unternehmer den Nachteil, daß jeder technisch-wirtschaftliche Fortschritt, der zu einer Kostenersparnis führt, alsbald

[1]) Die Funktion des Grenzbetriebes im Rahmen des freien Marktgeschehens, seine Bedeutung für die Marktpreisbildung usw. wird noch in anderem Zusammenhang zu erwähnen sein.

eine entsprechende Senkung des Marktpreisniveaus nach sich zieht, so daß der Gewinn des Fortschrittes nicht beim Unternehmer verbleibt, sondern früher oder später in vollem Umfange seinen Abnehmern zugute kommt. Es ist dies eine Folge des kämpferischen Verhaltens des jeweiligen Grenzanbieters, der sich sozusagen aufführt wie Prometheus und (wenn auch freilich nicht aus dem Motiv der Hilfsbereitschaft, sondern im Interesse seiner eigenen wirtschaftlichen Selbstbehauptung) das Feuer des Fortschrittes von der Höhe der „Wirtschaft“ zu den Sterblichen hinabbringt.

Diese Tätigkeit des Grenzanbieters oder, besser gesagt, dieser um das grenzbetrieblich-unternehmerische Existenzminimum geführte Wettstreit erscheint nun aber dem Unternehmertum — was psychologisch verständlich ist — vom gruppenegoistischen Standpunkte als ein *berufsfeindlicher* Vorgang. Denn jeder Berufsgenosse, der heute tüchtig ist, bringt denjenigen, der gestern tüchtig war, um die Dauernutzung seines Aufwandes an Fleiß und Geschicklichkeit, und infolge dieses Spieles liegen die Verhältnisse in jedem einzelnen Gewerbezweige so, daß einige wenige, die gerade in der Lage sind, einen Fortschritt zu machen, in einer als unkollegial empfundenen Weise Unruhe in den status quo bringen. Es ist also stets neben diesen gerade Vorwärtsschreitenden eine Gruppe von Unternehmern vorhanden, die, wenn auch nur vorübergehend, an einer Stabilisierung der Verhältnisse interessiert sind. Beim einzelnen pflegt die Interessenlage zu wechseln: Sobald ihm ein Erfolg winkt, bekennt er sich zur Wettbewerbsfreiheit, sobald er ihn jedoch erzielt hat, sehnt er sich nach einem System, das ihm die erreichte Erfolgsstufe garantiert.

Ein solches Garantiesystem kann nun nur dadurch verwirklicht werden, daß es den interessierten Unternehmern gelingt, den *Nivellierungsprozeß des grenzbetrieblichen Existenzkampfes auszuschalten und das Marktpreisniveau oberhalb der normalen Marktpreisgrenze zu stabilisieren.* Es muß m. a. W. verhindert werden, daß der Marktpreis vermöge der Wirksamkeit des freien Wettstreites *jeweils in der Nähe des Selbstkostenniveaus des Grenzanbieters stabilisiert* wird. Zu diesem Berufe muß derjenige, der den Konkurrenzmechanismus ausschalten wünscht, diejenigen Gewerbegenossen, die in der Lage sind, frei zu konkurrieren, entweder an der Betätigung dieser Freiheit verhindern oder aber sie an dem Verzicht auf diese Betätigung interessieren.

In der Regel pflegen nun in jedem Zeitpunkte *mehrere* Unternehmer an einer Monopolisierung interessiert zu sein, und diese Gleichrichtung des Interesses bringt eine gewisse Solidarität zwischen den betreffenden Unternehmern zustande. Trotzdem ist aber, was nachdrücklich betont werden muß, das Garantie- und Stabilisierungs-

interesse seiner Natur nach nicht etwa sozial, sondern vielmehr durchaus individuell orientiert. Das Garantieinteresse unterscheidet sich in dieser Beziehung also in keiner Weise von dem Konkurrenzinteresse: In beiden Fällen handelt es sich bloß um zwei verschiedene Richtungen ein- und desselben Motivs, nämlich des rein individuellen Gewinnstrebens, das, je nach der äußeren Lage, bald an der einen bald an der anderen Erfolgsmethode interessiert ist. Und zwar beruht die Wettbewerbsmethode auf dem Prinzip der eigenen Leistungsaktivität, die Garantie- und Stabilisierungsmethode dagegen auf dem Prinzip der Leistungspassivität der anderen.

Das private Gewinnstreben vermag sich also sowohl mit dem Grundsatze des wirtschaftlichen Fortschrittes als auch mit dem Grundsatze der Fortschrittshemmung zu verbinden, und zwar liegen hier die Dinge so, daß der vom individuellen Ertragsstreben geleitete Unternehmer im Stande der Machtlosigkeit (d. h. im Stande der Konkurrenz) seinen Gewinn nur dadurch verwirklichen kann, daß er dem Fortschritte dient, während er, sobald ihm eine Machtstellung auf dem Markte zugänglich ist, auch aus fortschrittshemmenden Maßnahmen einen individuellen Ertrag herauswirtschaften kann. D. h. der Mächtige ist in der Lage, einen internen technischen Fortschritt, den er im Zustande der Machtlosigkeit zu machen gezwungen sein würde, zu unterlassen, ohne privatwirtschaftlichen Verlust zu erleiden, bzw. diesen Fortschritt zwar intern zu verwirklichen, aber die Vorteile des Fortschritts allein, und zwar in Form von Unternehmergewinn einzuheimsen, ohne die andere Marktseite an ihren Wohltaten beteiligen zu müssen.

Es verhält sich also auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens ganz ähnlich wie auf dem Gebiete des gesamten sozialen Lebens überhaupt: Der Machtlose muß dienen, wenn er seine soziale Position verbessern will, d. h. er muß andere Machtlose ausstechen und überflügeln. Der Mächtige dagegen kann sein Einkommen auf Kosten derjenigen, die seiner Macht ausgeliefert sind, steigern; dafür ist er dann auch in der Lage, diejenigen, die an der Macht teilnehmen, d. h. seine Standes- und Berufsgenossen, zu schonen und ihnen gegenüber eine kollegiale Rücksichtnahme zu beobachten. Immer aber wird der individuelle Gewinn auf Kosten irgendwelcher anderer erzielt, sei es nun auf Kosten der Mitstrebenden, sei es auf Kosten der Beherrschten[1]).

Wenn man daher jedes Wirtschaftssystem, das den individuellen Erwerbstrieb zur obersten Energiequelle des öko-

---

[1]) Wenn man an diese beiden Methoden den Maßstab der sozialen Kritik anlegt, so darf man nicht nur fragen, bei welcher von ihnen das ethisch höhere Prinzip obwaltet oder bei welcher die Benachteiligten den geringeren Schaden haben. Es muß vielmehr auch gefragt werden, welche von diesen Methoden die produktivere ist, denn eine Steigerung des Sozialproduktes kommt schließlich immer der Gesamtheit zugute.

nomischen Prozesses erhebt, als Kapitalismus gelten läßt, wie dies z. B. Liefmann[2]) tut, so erhellt, daß sich im Rahmen dieser kapitalistischen Verfassung zwei ganz entgegengesetzte Wirtschaftsorganisationen herausbilden können, je nachdem sich der Erwerbstrieb mit dem Prinzip des Um-die-Wette-Dienens" oder aber mit dem Prinzip der Machtausbeutung verbündet. Liefmann hat diese beiden Organisationsformen der kapitalistischen Wirtschaft sehr treffend gekennzeichnet, wenn er sagt, daß der Wettbewerb ein „Kampf um den Kunden", die Kartellierung aber ein „Kampf gegen den Kunden" sei[3]).

Diejenige Stellung auf dem Markte nun, die es ihrem Inhaber ermöglicht, den Einfluß des freien Wettkampfes um den Grenznutzen auf die Preis- und Angebotsgestaltung zu beseitigen oder zu beinträchtigen, soll hier als monopolistische bezeichnet werden. Monopolist im Sinne dieser Ausführungen ist somit jeder Unternehmer und jede solidarisch operierende Mehrzahl von Unternehmern, die imstande sind, dem Markte höhere Preise, ungünstigere Bedingungen, schlechtere Leistungen anzubieten, als die Preise, Bedingungen und Leistungen des für das Marktniveau ausschlaggebenden Grenzanbieters beim freien Wettkampf sein würden, ohne daß aber dieses Verhalten die bei freier Wettbewerbswirtschaft unvermeidliche Folge nach sich zieht, nämlich die Folge, daß der Markt auf günstigere Angebote ausweicht. Von monopolistischem Gewinnstreben beseelt ist demzufolge jeder Unternehmer und jede Unternehmergruppe, die darauf abzielen, eine derartige Stellung auf dem Markte einzunehmen.

b) Die Kampfsituation des Monopolisten

aa) Wahl des freien Unternehmers zwischen Monopolbeteiligung oder Selbständigkeit

Das Bestreben eines einzelnen oder einer Gruppe, für sich eine Monopolstellung auf dem Markte zu begründen, stößt nun aber auf Hindernisse, wenn Gewerbegenossen vorhanden sind, die sich nicht bereitfinden, ihre Konkurrenzfreiheit preiszugeben und sich an der monopolistischen Solidarität zu beteiligen. Denn die Existenz und die wirtschaftliche Betätigung freier Anbieter neben dem Monopolisten

---

[2]) Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts. Stuttgart, 1927, 7. Aufl., S. 55/56.

[3]) Liefmann, a. a. O. S. 51. Trotzdem stellt Liefmann merkwürdigerweise in Abrede, daß dieser doch sehr krasse Unterschied zwischen den kämpferischen Betätigungsformen, in denen sich das private, gewinnorientierte Wirtschaftsindividuum gefällt, auf die Organisation des Wirtschaftslebens einen bestimmenden Einfluß ausübe.

vereitelt ja gerade den Zweck der Monopolisierung, der auf Beseitigung bzw. Beeinträchtigung der Konkurrenz gerichtet ist. Wer eine monopolistische Marktstellung zu errichten oder zu erhalten trachtet, muß daher bestrebt sein, etwaige Rivalen zur Preisgabe ihrer wettbewerblichen Selbständigkeit und zur Beobachtung eines solidarischen Marktverhaltens (Regelfall: Beitritt zum Kartell) zu vermögen.

In dieser Beziehung kommt es dem Monopolisten zustatten, daß er mit seiner Zumutung dem bislang freien Rivalen gleichzeitig einen Vorteil anbietet, nämlich den Vorteil, seinen bisherigen Konkurrenzgewinn um die Monopolrente zu erhöhen. Wo ernsthafte Monopolisierungsversuche im Gange sind, da hat daher zunächst einmal jeder Gewerbegenosse ein gewisses Interesse an der Beteiligung.

Natürlich gibt es in vielen Fällen für den freien Rivalen auch triftige Gründe, dem Monopol fernzubleiben, so etwa, wenn er gerade in der Lage ist, einen beachtlichen Wettbewerbsvorsprung zu erzielen, oder wenn er die Monopolisierungschancen skeptisch beurteilt, oder wenn er die Befürchtung hegt, daß eine unverständige Handhabung der Monopolstellung den Monopolbeteiligten selbst zum Schaden ausschlagen werde. Jeder Unternehmer, an den die Frage des Anschlusses herantritt, stellt also zunächst einmal einen Vergleich zwischen den wirtschaftlichen Chancen an, die ihm der Monopolzustand einerseits und der Konkurrenzzustand andererseits bieten, und wird seine Entscheidung, solange er frei ist, zugunsten desjenigen Zustandes treffen, der für ihn augenblicklich der vorteilhaftere ist.

bb) Wahl des freien Unternehmers zwischen Monopolbeteiligung oder freier Ausnützung des Monopolschattens (die typische Außenseiterposition)

Dieser Vergleich ist aber nicht der einzige, ja nicht einmal der ausschlaggebende, den der vor die Wahl gestellte freie Unternehmer vornimmt. Sobald nämlich auf irgendeinem Markte ein Monopolist in Erscheinung tritt, da entsteht neben der Monopollage einerseits und der Konkurrenzlage andererseits eine dritte Marktlage, nämlich die Marktlage der monopolistisch subventionierten Konkurrenz. Das heißt, die Dinge liegen in der Regel nicht so, daß entweder die reine Monopollage zustande kommt (wenn alle sich beteiligen) oder die reine Konkurrenzlage bestehen bleibt (wenn einige nicht mittun), sondern in diesem letzteren Falle wird die Monopolgruppe regelmäßig trotzdem versuchen, den Monopolzustand zu verwirklichen. Dadurch aber setzt sie die freibleibenden Unternehmer instand, ihre Konkurrenzfreiheit neben dem Monopolisten zu betätigen.

Das Konkurrieren neben einem Monopolisten ist aber sehr viel ergiebiger und gewinnversprechender als das Konkurrieren in einem

Zustande allgemeiner freier Konkurrenz. Und zwar aus dem einfachen Grunde, weil ein monopolistisches Marktverhalten, solange noch freie Unternehmer den gleichen Markt bearbeiten, diesen Unternehmern gegenüber nichts anderes ist, als ein unverständiges Wettbewerbsverhalten. Denn der Monopolist will ja sein Leistungsniveau unterhalb des Leistungsniveaus der Konkurrenzwirtschaft bzw. sein Preisniveau oberhalb des Preisniveaus der Konkurrenzwirtschaft stabilisieren, also ein Verhalten betätigen, das in der Konkurrenzwirtschaft den leichtfertigsten Selbstruin bedeuten würde. Ein Monopolist, der Außenseiter hat, verurteilt sich selbst, und zwar freiwillig, solange er sich monopolistisch gebärdet, dem Außenseiter gegenüber zur wettbewerblichen Wehrlosigkeit. Das heißt, er treibt dem Außenseiter in eigener Person die Kundschaft zu, so daß sich dieser gar nicht bemühen braucht, unter Einsatz all seines Könnens die Leistung des Monopolisten zu überbieten, denn der Monopolist bleibt ja aus freien Stücken hinter der seinigen zurück. Jedes Monopol alimentiert also sozusagen die neben ihm möglich bleibende oder wieder auflebende Konkurrenz mit einer zusätzlichen Ertragschance.

Es trifft somit durchaus zu, was R. Isay in seinem Referat auf dem 35. Deutschen Juristentag zu Salzburg ausgeführt hat, daß es nämlich „ein glänzendes Geschäft"[1]) ist, Außenseiter neben einem gutgeleiteten Kartell zu sein, wobei nur hinzuzufügen bleibt, daß das Geschäft umso glänzender wird, je schlechter das Kartell geleitet ist, je törichter es die Grenzen seiner Macht verkennt, je unbedenklicher es seine tatsächliche Marktmacht ausbeutet. Der Monopolist wirft, wie man zu sagen pflegt, einen Schatten, und diese Schattenwirkung des Monopolverhaltens schafft einen Anreiz für andere Unternehmer, der Monopolgruppe fernzubleiben.

Infolge dieser selbstgewollten und selbstverschuldeten Schattenwirkung des monopolistischen Marktverhaltens ist also das Verhältnis zwischen Monopolist und freiem Wettbewerber ein anderes als das Verhältnis zwischen Wettbewerber und Wettbewerber. Und zwar können wir dieses Verhältnis als Außenseiterverhältnis bezeichnen und somit sagen: Außenseiter ist derjenige freie Wettbewerber, dessen wettbewerbliche Ertragschancen durch das Marktverhalten eines monopolistischen oder sich monopolistisch gebärdenden Gewerbegenossen (oder einer Gruppe von Gewerbegenossen) künstlich gesteigert werden.

---

[1]) „Die Reform des Kartellrechts", zwei Referate von Dr. Rudolf Isay und Dr. Hans Carl Nipperdey, Berlin 1929, S. 10.

cc) Die Methoden zur Verhinderung des Außenseitertums (Abfindung und Kampf)

Es ist nun für denjenigen, der eine Monopolstellung zu begründen oder zu verteidigen gedenkt, geradezu eine Lebensfrage, daß es ihm gelingt, diesem konkurrenzanlockenden Anreiz des Monopolschattens wirksame Gegenmaßnahmen entgegenzusetzen und zu verhindern, daß diese Lockung zur Entstehung und Verbreitung von Außenseitertum führt.

Dies ist jedoch, da der freie Außenseiter bei seinen Entschließungen naturgemäß nur das eigene Interesse zu Rate zu ziehen pflegt und hierzu auch berechtigt ist, regelmäßig nur dadurch möglich, daß der Monopolist dem Außenseiter entweder als Entgelt für die Preisgabe seiner Konkurrenzfreiheit entsprechende Vorteile bietet, also ihm sein Außenseitertum sozusagen abkauft, oder aber dadurch, daß er dem Außenseiter durch irgendwelche Maßnahmen die Betätigung als Außenseiter unmöglich macht.

Ob sich der Außenseiter auf eine Preisgabe seiner Freiheit gegen Entgelt (z. B. Aufnahme in das Kartell zu vorteilhaften Bedingungen, Zahlung einer hohen Stillegungsquote oder Abstandsvergütung) einläßt, hängt natürlich davon ab, wie hoch er seine Betätigungschancen neben dem Monopol einschätzt, und ob der Monopolist bereit ist, den danach bemessenen Preis zu zahlen. Der Monopolist kann natürlich auf diesen Preis drücken, indem er den Übergang zur Behinderungs- und Schädigungsmethode entweder androht oder vollzieht. In diesem Falle gewinnen die Behinderungs- und Schädigungsmethoden den Charakter von Zwangs- und Drohmaßnahmen.

Im allgemeinen ist aber der „Kauf" von Außenseitern weitaus die kostspieligste Abwehrmethode und findet deshalb in der Praxis nur da Verwendung, wo nichts anderes übrig bleibt, wie z. B. bei Submissions- oder Verdingungskartellen[1]). Die Regel ist aber die andere Methode, d. h. der Kampf.

dd) Der Kampf insbesondere

Bei diesem Kampfe kommt es nun aber auf ganz anderes an als beim normalen Wettbewerb. Der freie Wettbewerber hat es einzig und allein auf Kunden und auf Geschäftsabschlüsse abgesehen, d. h. er muß sich die zur Erzielung von Rentabilität erforderliche Anzahl von Kunden und Abschlüssen zu sichern trachten, gleichgültig, wem er sie wegnimmt und welche Folgen der Verlust für die Betroffenen hat. Der Monopolkämpfer dagegen muß bestrebt sein, ganz bestimmte Rivalen, nämlich die Außenseiter, zu schädigen, und zwar in solchem Umfange zu schädigen, daß die Schadenswirkung den Gewinn mindestens auf-

[1]) Siehe Böhm, „Ausschreibung und Verdingungskartelle", Kartell-Rundschau 1931, S. 311 ff.

zehrt, den der Außenseiter durch Ausbeutung des Monopolschattens zu erzielen in der Lage ist. Diesen Kampf muß der Monopolist solange fortsetzen, bis der Außenseiter entweder unter dem Eindruck der Schadenswirkung seine Außenseiterfreiheit preisgibt und sich dem Monopol anschließt (— in diesem Falle sprechen wir von Organisationszwang —) oder aber infolge der Schadenswirkung eine solche Einbuße an wirtschaftlicher Leistungskraft erfahren hat, daß er künftig nicht mehr in der Lage ist, mit den Leistungen des Monopolisten zu konkurrieren, obwohl diese Leistungen in einer freien Wettbewerbswirtschaft leicht zu übertreffen sein würden.

Die einzelne Kampfhandlung eines Wettbewerbers besteht darin, daß er durch den Abschluß eines Geschäftes einen eigenen unmittelbaren Wirtschaftserfolg realisiert, also ein Verhalten betätigt, das nicht notwendig und nicht von Natur kämpferischen Charakter hat, sondern diesen Charakter nur dadurch gewinnt, daß der erfolgversprechende Abschluß gleichzeitig auch von anderen Unternehmern angestrebt wird, aber eben nun einmal nur von einem einzigen verwirklicht werden kann[1]). Die Kampfhandlung des Monopolkämpfers dagegen besteht darin, daß er einen fremden Wirtschaftserfolg vereitelt, also ein seiner Natur nach kämpferisches Verhalten betätigt, dessen Wirkung für ihn selbst nicht notwendig in einem unmittelbaren Geschäftserfolg zu bestehen braucht[2]), ja sogar nachteilig sein kann. Der Monopolkämpfer ist also nicht darauf angewiesen, im Kampfe selbst, solange er dauert, und vermittels seiner Kampfhandlungen Gewinne zu erzielen; er kann vielmehr eigene Verluste und schwere Opfer in Kauf nehmen, weil der typisch monopolistische Geschäftsgewinn erst nach erfolgreich beendetem Kampfe verwirklicht werden kann, sozusagen durch nachträgliche Brandschatzung des mehr oder weniger teuer erorberten Gebietes (des Marktes).

In den Methoden nähern sich dagegen die beiden Formen des Wirtschaftskampfes wieder einander an, denn hier wie dort gilt es, den Rivalen vom Markte bzw. den Markt vom Rivalen abzudrängen. Jedes Mittel, das diese Wirkung hat, eignet sich daher von Natur sowohl für die Anwendung im Dienste des eigenen unmittelbaren Umsatz- und Erwerbsinteresses als auch für die Anwendung

---

[1]) So Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907, Bd. 1, § 1, S. 1 ff.

[2]) Insbesondere ist nicht erforderlich, daß er das vereitelte Geschäft selbst abschließt; wenn er es doch tut, so handelt es sich nur um ein technisches Mittel zum Zwecke der Vereitelung. Der im freien Wettbewerbe stehende Unternehmer braucht umgekehrt das getätigte Geschäft nicht notwendig einem anderen wegzunehmen; wenn er es doch tut, so ist dies nur die Folge des von ihm gar nicht verschuldeten Umstandes, daß das Geschäft, falls er auf es verzichtete, mit einem anderen zustande käme.

im Dienste des Interesses an der Geschäftsbeschädigung von Außenseitern. Dagegen wird in beiden Fällen jeweils eine andere Handhabung dieser Mittel stattfinden, und zwar wird der vom Wettbewerbsstreben geleitete Angreifer den Maßstab für den Grad und für die Richtung seiner Verdrängungstätigkeit *seinem eigenen Umsatzinteresse* entnehmen, während der Monopolkämpfer sein Vorgehen an der *Schadenswirkung* orientiert, *die beim Gegner eintreten soll*.

Wenn wir also die absolute Gleichheit der verwendeten objektiven Kampfmittel unterstellen und nur auf die Verschiedenheit des subjektiven Kampfzieles abheben, so würden wir jede wirtschaftliche Kampfhandlung als dem Monopolkampf angehörig anzusprechen haben, die im Dienst des monopolistischen Kampfzieles angewendet wird. Dieses monopolistisch orientierte Kampfziel können wir aber nunmehr dahin definieren, daß wir sagen: *Der Monopolkämpfer kämpft, um Außenseiter aus der Schattenzone zu verdrängen*[1]*, die entstehen muß, wenn es ihm gelingt, zum Zwecke der Erzielung eines zusätzlichen Monopolgewinnes den konkurrenzbeherrschten und konkurrenzbestimmten Marktzustand mindestens innerhalb gewisser Grenzen durch einen monopolistisch manipulierten Marktzustand zu ersetzen.* Zu diesem Zwecke muß sein Bestreben darauf gerichtet sein, das Zustandekommen von Geschäftsabschlüssen des Außenseiters in solchem Ausmaße zu vereiteln, daß der hierdurch angerichtete Schaden den Gewinn der Schattenausnützung übersteigt.

---

[1]) Nur diese Ausnützung der Schattenzone ist es, die den Monopolisten an dem Verhalten des Außenseiters stört, nicht aber die Tatsache, daß der rivalisierende Unternehmer als solcher vorhanden ist und vielleicht Geschäfte abschließt, die der Monopolist gerne selbst getätigt haben würde. Verzichtet der Außenseiter auf seine Betätigung als Außenseiter, d. h. auf die spezifische Ausbeutung des Monopolschattens, m. a. W. paßt er sich den Monopolpreisen, Monopolleistungen und Monopolkonditionen an, so mag er soviel Umsatz und Kunden haben und soviel verdienen, wie er will und imstande ist, es sei denn, daß die Monopolisierung auch eine Absatzkontingentierung oder eine Kundenschutzregelung in sich schließt.

Typisch für diese kämpferische Interessenlage des Monopolisten sind zwei Beispiele aus der Praxis:

a) In einem Kündigungsverfahren gem. § 8 KartVO. kam vor dem Kartellgericht folgende Äußerung eines Kartellorgans gegenüber einem Außenseiter zur Sprache: „Nicht Ihre Umsätze sind es, die uns interessieren, sondern Ihre Angebote."

b) Vor dem Enquete-Ausschuß äußerte sich der Vertreter einer großen kartellartigen Organisation über deren Einstellung zu einer neuen großbetrieblichen Unternehmungsform des betreffenden Gewerbes dahin, daß sich die Mitgliederorganisation nicht etwa durch die großen wirtschaftlichen Erfolge dieser Großunternehmung, sondern lediglich durch die Gefahr beunruhigt fühlten, daß deren Preisstellung das Gefühl für den unter normalen Umständen möglichen Preis im Publikum verwirre.

II. Kapitel

Wesen und Begriff der Monopolstellung

Bevor wir in dem Versuche fortfahren, uns die Unterschiede zwischen dem Wettbewerb und dem Monopolkampf als zwischen zwei Unterarten der allgemeinen Erscheinung Wirtschaftskampf klarzumachen, erweist es sich als zweckmäßig, nochmals auf den Begriff des Monopols zurückzukommen und diesen bisher nur allgemein umrissenen Begriff einer etwas genaueren Betrachtung zu unterziehen. Wir müssen uns allerdings bei dieser Untersuchung bewußt bleiben, daß der hier in erster Linie interessierende Begriff des Monopolkampfes nicht voraussetzt, daß der Monopolkämpfer tatsächlich eine Monopolstellung innehat, sondern nur, daß er eine Monopolstellung anstrebt. Wenn daher der Monopolkämpfer im Verlaufe unserer Darstellung zuweilen als „Monopolist“ oder „Monopolgebilde“ u. dgl. bezeichnet wird, so handelt es sich um eine ungenaue Ausdrucksweise, deren wir uns lediglich der Einfachheit halber bedienen, da eine genaue und zugleich knappe Bezeichnung nicht zur Verfügung steht und Worte wie „Monopolaspirant“ dem Sprachgefühl widerstreben.

1. Die Schwierigkeiten der Monopoldefinition

a) Vorläufige Definition

Wir haben oben diejenige Marktstellung als monopolistisch bezeichnet, die es ihrem Inhaber ermöglicht, den Einfluß des freien Wettkampfes um den Grenznutzen auf die Preis- und Angebotsgestaltung zu beseitigen oder zu beeinträchtigen.

Der Hauptnachdruck bei dieser vorläufigen Definition liegt auf dem Umstand, daß das Prinzip des Wettbewerbes als eines marktgestaltenden Verfahrens außer Kraft gesetzt oder abgeschwächt wird, und zwar zugunsten eines anderen Verfahrens, das es gestattet, die Marktgestaltung, soweit sie die eigene Wirtschaftsleistung betrifft, einseitig willensmäßig zu beeinflussen.

Zu ergänzen ist allerdings, daß nicht nur das Angebot, sondern auch die Nachfrage in dieser Weise monopolisiert werden kann. Wenn gleichwohl in den folgenden wie in den vorhergehenden Betrachtungen in der Regel die Angebotsseite als monopolisiert, die Nachfrageseite aber als Objekt der Monopolherrschaft des Anbieters gedacht wird, so geschieht dies nur beispielshalber, wobei allerdings der Umstand berücksichtigt ist, daß die Monopolisierung der Angebotsseite im praktischen Wirtschaftsleben ganz unverhältnismäßig überwiegt. Die gewonnenen Ergebnisse gelten aber selbstverständlich (mit entsprechend geänderten Vorzeichen) auch für den umgekehrten Fall.

Anzumerken ist ferner, daß die dem Monopolisten gegenüberstehende Marktseite im Zweifel als konkurrenzorganisiert vorgestellt ist, obwohl natürlich der Fall vorkommen kann, daß der Monopolisierung des Angebots die Monopolisierung der Nachfrage gegenüber steht. Dies ist auf einem großen und wichtigen Markte sogar die Regel, nämlich auf dem Arbeitsmarkte (Arbeitgeberverbände als Nachfrage- und Gewerkschaften als Angebotsmonopol). Diese Tatbestandslage bietet aber für die theoretische Erkenntnis der Monopolfrage keine wesentlichen Schwierigkeiten: Es steht dann eben Monopolwirkung gegen Monopolwirkung. Wenn aber auch in diesem Falle das Monopol der einen Marktseite regelmäßig modifizierend und einschränkend auf das Monopol der anderen einwirkt, so bleibt doch zu beachten, daß trotzdem die Maßnahmen beider Parteien (und zwar auch im Falle der völligen Machtgleichheit und im Falle eines förmlichen Kompromisses) durchaus monopolistischen Charakter haben und ökonomisch wie juristisch unter diesem Gesichtspunkte einer kritischen Beurteilung zugänglich sind. Die Marktgestaltung ist auch hier nicht etwa wettbewerbsbedingt, sondern das Ergebnis von Willensentschließungen, und nur darauf kommt es an. Ob die Willensentschließung des Monopolisten in freier Weise zustande kommt oder ob der Monopolist irgendwelche Rücksichten zu nehmen hat oder gar die andere Seite an seiner Willensbildung beteiligt, ist dagegen gleichgültig.

b) Definition des vollkommenen (absoluten) Monopols

Was nun den Monopolbegriff selbst angeht, so ist behauptet worden und wird noch behauptet, daß bis jetzt keine für den juristischen Gebrauch hinreichend verwendbare Monopoldefinition existiere, ja, es ist behauptet worden und wird noch behauptet, daß es auch für die Zukunft unmöglich sei, eine solche Definition aufzustellen[1]).

Das ist zweifellos insofern unzutreffend, als mindestens der Grenzfall des vollkommenen und absoluten Monopols, d. h. aber der Begriff des reinen und durch kein anderes Prinzip modifizierten Monopols seit jeder ziemlich übereinstimmend definiert worden ist. Nach dieser Begriffsbestimmung liegt aber eine Monopolstellung dann vor, wenn entweder das gesamte Angebot einer bestimmten Wirtschaftsleistung oder aber die gesamte Nachfrage nach einer bestimmten Wirtschaftsleistung in einer einzigen Hand vereinigt ist. Die Wendung: „In einer einzigen Hand“ ist selbstverständlich nicht dahin auszulegen, als ob es etwa

---

[1]) So insbesondere Flechtheim, dessen dahinzielende Ausführungen vor dem Enquete-Ausschuß in dem Schlußbericht des I. Unterausschusses (3. Arbeitsgruppe) „Kartellpolitik“ I. Abschnitt auf S. 21/22 berücksichtigt worden sind (s. auch II. Abschnitt, S. 477/478 u. 480).

darauf ankomme, daß nur eine einzige physische oder juristische Person in der Lage sei, die betreffende Leistung anzubieten oder nachzufragen. Sie besagt vielmehr lediglich, daß ein einheitlicher Wille den materiellen Inhalt des Angebots oder die taktische Handhabung der Nachfrage im einzelnen festlegen müsse und daß kein einzelner Anbieter oder Nachfragender auf dem Markte erscheinen dürfe, der von dieser einheitlichen Parole abweiche.

In welcher Weise die Einheitlichkeit der Willensbildung zustande kommt, ist unerheblich. Der ideale Grenzfall ist natürlich der monopolistische Einzelunternehmer; ihm stehen jedoch solche Monopolgebilde gegenüber, die sich aus mehreren Unternehmern zusammensetzen, die sich solidarisch verhalten. Von dieser Solidarität wiederum ist nur zu fordern, daß sie effektiv besteht, dagegen ist es gleichgültig, in welcher organisatorischen und technischen Weise sie zustande gebracht wird. Sie kann rechtsgeschäftlich gesichert sein, wobei die betreffenden Bindungen sowohl gesellschaftsrechtlicher[1]) wie individual-

[1]) Die deutsche Kartellverordnung (Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 3. November 1923, RGBl. I, Seite 1067) unterscheidet zwischen den Fällen, bei denen die monopolistische Solidarität durch rechtsgeschäftliche Abmachungen gesichert wird (§ 1), und solchen, bei denen dies nicht notwendig der Fall sein braucht, d. h. bei denen die Solidarität entweder im Wege der Freiwilligkeit zustande kommen oder bei denen die Monopolmacht in der Hand eines Einzelunternehmens konzentriert sein kann (§ 10). Für den Fall der rechtsgeschäftlich begründeten Solidarität sind eine Reihe von Sonderbestimmungen vorgesehen (§§ 1—9, 21), während sich die Vorschriften der §§ 10, sowie 16—19 auf alle Methoden der Monopolisierung beziehen.

Da nun die praktische Verwirklichung des Monopolaufsichtsgedankens in den Fällen des monopolistischen Einzelunternehmens und der freiwilligen Solidarität bedeutende technische und rechtliche Schwierigkeiten bietet (man denke nur an die Frage des Kontrahierungszwanges), ist derjenige Teil der Verordnung, der auch auf diese Fälle anwendbar ist, sehr viel unzulänglicher ausgefallen als derjenige, der an die Fälle der rechtsgeschäftlich gesicherten Solidarität anknüpft. Die Folge war naturgemäß die, daß von den an der Monopolisierung interessierten Wirtschaftskreisen unverzüglich eine einschränkende Auslegung des § 1 KartVO. befürwortet wurde, der die Definition der rechtsgeschäftlich gesicherten Solidarität enthält. Die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht und das Kammergericht, sind diesem Verlangen in der weitherzigsten Weise entgegengekommen.

§ 1 KartVO. lautet: „Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen), bedürfen der schriftlichen Form." Die Judikatur hat nun diese Definitionen dadurch ganz erheblich eingeschränkt, daß sie das Erfordernis der „gesellschaftsähnlichen" Natur der Verträge hineininterpretierte. Diese Einschränkung findet nun aber im Wortlaute der Bestimmung doch ganz offenbar nicht die geringste Stütze und läuft dem zugrundeliegenden Rechtsgedanken und rechtspolitischen Zweck der Vorschrift in störender Weise zuwider. Denn der in Frage stehende Rechtsgedanke läßt sich etwa dahin formulieren, daß der Schutz des Marktes, der Schutz der Allgemeinheit und der Schutz der vertraglich Gebundenen gegen mißbräuchliche Handhabung der Monopolmacht in den-

vertraglicher Natur sein können, es kann aber auch der Fall freiwilliger Solidarität vorliegen, sei es nun, daß die Gewerbegenossen ihr Auftreten auf dem Markte jeweils freundschaftlich verabreden (gentleman agreement, Frühstückskartell) oder daß ein tonangebender Unternehmer vorhanden ist, dem die übrigen Gefolgschaft leisten. Diese Gefolgschaft kann endlich durch wirtschaftlichen Druck, durch Drohung und Einschüchterung faktisch erzwungen sein. In allen diesen Fällen (monopolistischer Einzelunternehmer, rechtsgeschäftlich gesicherte, freiwillig betätigte und erzwungene Solidarität) kann man das Angebot (die Nachfrage) als in einer Hand vereinigt ansprechen, vorausgesetzt allerdings, daß die Solidarität lückenlos ist.

c) Die Schwierigkeit der Einbeziehung abgeschwächter Monopolgrade in die Definition

Nun wird allerdings mit Recht eingewendet, daß diese Definition, die nur das absolute Monopol einschließt, für die Bedürf-

---

jenigen Fällen, bei denen die Solidarität durch Vertrag begründet ist, dadurch wahrgenommen werden soll, daß dieser Vertrag durch öffentlich-rechtlichen Staatsakt vernichtet (§ 4, Abs. 1, Ziff. 1) oder gelockert (§ 4, Abs. 1, Ziff. 2) oder aber von den Gebundenen selbst fristlos gekündigt werden kann (§ 8). Durch das Erfordernis der gesellschaftsähnlichen Beschaffenheit des Solidaritätsvertrages wird dieser Rechtsgedanke um seinen Sinn gebracht und die Form der gesellschaftsartigen Solidaritätssicherung mit einem privilegium odiosum belastet. Das heißt, gesellschaftsähnlich organisierte Monopolgebilde werden einer wesentlich strafferen Monopolaufsicht unterstellt als solche, bei denen die Solidarität etwa in der Weise durch Vertrag gesichert ist, daß jeder Beteiligte mit einem Dritten einen gleichlautenden Individualvertrag abschließt, in dem er sich „Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderungen von Preisen" unterwirft. Die gesellschaftsähnlichen Organisationen werden damit sozusagen entweder für die Dummheit bei der Wahl der Vertragsform oder aber dafür bestraft, daß sie sich aus irgendeinem Grunde in der äußeren Zwangslage befinden, gerade diese Form wählen zu müssen. Das Gesetz dagegen hat lediglich die Kontrolle der Marktwirkungen im Auge, die von solidaritätssichernden Vertragssystemen jeder Art ausgehen. Diese Absicht des Gesetzes wird aber durchkreuzt, wenn die Gerichte eine Prämie auf die Geschicklichkeit setzen, sich durch rein formale Maßnahmen der Monopolaufsicht und den materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu entziehen.

Der einzige Grund, der bisher für diese weder aus dem Wortlaut der Verordnung noch aus ihrem Sinn abzuleitende Einschränkung von der Judikatur und dem beistimmenden Teile des Schrifttums ins Treffen geführt worden ist, ist der, daß die Kartellverordnung als eine in die wirtschaftliche Freiheit des Unternehmertums eingreifende Norm der einschränkenden Auslegung bedürfe.

Zu diesem Argumente ist lediglich zu bemerken, daß das Prinzip der wirtschaftlichen Freiheit in seiner echten und wohldurchdachten Bedeutung in der deutschen Rechtsprechung wie in der deutschen Rechtswissenschaft bisher keinen sehr sorgfältigen Sachwalter gefunden hat. Es lassen sich Entscheidungen des Reichsgerichts anführen, in deren Begründung dieses Prinzip geradezu mit

nisse der praktischen Wirschafts- und Sozialpolitik sowie für die Zwecke der Wirtschaftswissenschaft und der Rechtswissenschaft nicht brauchbar sei, da solche absoluten Monopolstellungen in der Praxis sehr selten vorkommen. Es wird geltend gemacht, daß zwischen dem idealen Grenzzustand des vollkommenen Monopols und dem idealen Grenzzustand der vollkommen freien Konkurrenz alle denkbaren Schattierungen von Übergangs- und Mischtatbeständen zu beobachten seien. Die Eigenart dieser Übergangs- und Mischtatbestände bestehe aber darin, daß die Einheitlichkeit der Willensbildung eben nicht mehr gewährleistet sei, sondern daß eine Konkurrenz mehrerer Marktwillen stattfinde, ohne daß freilich diese Konkurrenz sich völlig im Sinne der freien Konkurrenzwirtschaft auswirke. Sobald man aber das Erfordernis der Alleinstellung, der Vereinigung der marktmäßigen Willensbildung in einer Hand preisgebe, gerate man in die größten Schwierigkeiten, da es zwischen den Begriffen des „Einzigen" und der „Mehrzahl" keine Übergänge gebe. Man stehe dann vor der unlösbaren Aufgabe, anzugeben, wie groß

Wendungen der Abneigung gekennzeichnet wird (so z. B. in JW. 08, S. 296). Im Verlaufe unserer Untersuchungen wird ausführlich darzutun sein, in welchem Umfange die auf dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit beruhende Ordnung der freien Verkehrswirtschaft von der Judikatur verkannt und der Entartung preisgegeben worden ist. Die individuelle Wirtschaftsfreiheit hat sich allerdings stets dann des Wohlwollens und des sorgfältigen Schutzes durch die Gerichte zu erfreuen gehabt, wenn sich ihr subjektiver Gebrauch als tauglich erwies, das objektive System der Wirtschaftsfreiheit zu unterhöhlen, seine Garantien zu Fall zu bringen und seinen Sinn zu verfälschen.

Zur Entschuldigung und zum Verständnis dieser Einstellung läßt sich allerdings vorbringen, daß das System der freien Verkehrswirtschaft ein in Deutschland importiertes, rezipiertes System ist, dessen Idee und dessen Sinn von der Nation niemals politisch und geschichtlich erlebt und infolgedessen auch nicht geistig verarbeitet worden ist.

Infolge der einengenden Auslegung des § 1 KartVO. hat sich der Reichspräsident veranlaßt gesehen, im Wege der Notverordnung die nicht gesellschaftsähnlichen monopolistischen Vertragssysteme (insbesondere die sogenannten Reverssysteme) ausdrücklich den Normen der Kartellverordnung zu unterwerfen und die Definition des § 1 KartVO. in dieser Hinsicht zu ergänzen (Kartellnotverordnung vom 30. August 1930, Reichsanzeiger Nr. 205).

Die Judikatur hat den Erlaß dieser Notverordnung indessen nicht zum Anlaß genommen, um ihre Auslegung des § 1 KartVO. einer Revision zu unterziehen, sondern hat ihre bisherige Auffassung mit Nachdruck aufrechterhalten und zugleich die Tendenz gezeigt, auch die Notverordnung selbst und ihre Definition der Reversverträge einengend zu interpretieren (RGZ. 133 S. 330, Kart.-Rdsch. 1932 S. 379).

Angesichts dieser Haltung der Rechtsprechung ist schwer zu sagen, wie es die Gesetzgebung anstellen soll, um einem einfachen, sachlich ebenso begründeten wie wichtigen Rechtsgedanken Nachdruck zu verleihen und ihm Gehorsam und Achtung zu sichern. Hier dürfte es die Aufgabe der Wissenschaft sein, die Lehre vom Recht der freien Wirtschaft und von der Stellung und Bedeutung des privaten Monopols in dieser Wirtschaft zu vertiefen, um durch Verbreitung von Klarheit die Kluft zwischen den Tendenzen der Monopolgesetzgebung und den ihr zur Zeit noch Widerstand leistenden Tendenzen der Rechtsprechung zu überbrücken.

die Zahl der Konkurrierenden sein müsse, damit Monopolwirkungen ausgeschlossen seien, bzw. welcher Prozentsatz des Angebots in einer Hand vereinigt sein müsse, damit man berechtigt sei, von Monopolmacht zu sprechen.

Diese Aufgabe sei aber deshalb unlösbar, weil die äußeren Voraussetzungen für das Vorhandensein von Konkurrenz oder von Monopolmacht in jedem Wirtschaftszweige verschieden seien. So sei es z. B. möglich, daß auf dem einen Markte schon die Tätigkeit zweier oder doch sehr weniger Anbieter das Zustandekommen monopolistischer Marktwirkungen ausschließe und den Zustand der Konkurrenz erzeuge, während man auf einem anderen Markte Monopolwirkungen feststellen könne, obwohl hier neben dem monopolistischen Anbieter eine erkleckliche Vielzahl frei konkurrierender Unternehmer tätig sei. Desgleichen schwanke die Höhe des für den monopolistischen Machtbesitz erforderlichen Anteils am Gesamtangebot. Auf dem einen Markte genüge vielleicht schon die Verfügung über 50 Prozent, während auf dem anderen selbst die über 90 Prozent noch nicht ausreiche. Endlich sei aber auch noch mit dem Sonderfalle zu rechnen, daß ein bestimmter Anbieter oder eine bestimmte Anbietergruppe zwar eine so große Quote des Angebots in ihrer Hand vereinige, daß objektiv eine monopolistische Angebotsgestaltung möglich sei, daß aber der betreffende Anbieter oder die betreffende Gruppe von dieser objektiven Möglichkeit keinen Gebrauch mache, sondern sich in ihrem Marktverhalten subjektiv von der Rücksicht auf die Konkurrenz der freien Anbieter bestimmen lasse.

Da sich nun aber offensichtlich die objektiven Kriterien des Monopolbesitzes nicht auf einen einheitlichen Nenner bringen ließen, so bleibe nur der fatale Ausweg, mit einem Kautschukbegriff des „Monopolistischen“ zu arbeiten. Jede derartige Kautschukdifinition öffne aber der richterlichen, verwaltungsmäßigen und politischen Willkür des Staates Tür und Tor. Der Staat brauche dann z. B. nur zu behaupten, ein bestimmter Wirtschaftszweig sei monopolisiert, um auf dem Umwege über die Monopolaufsicht oder über den Kontrahierungszwang eine Art von kalter Sozialisierung durchführen zu können. Man möge nur z. B. an solche Industriezweige denken, bei denen Erfindungen und Patente eine große Rolle spielen, also z. B. an die Chemische Industrie, um die Größe der Gefahr zu ermessen, die hier dem System der freien Wirtschaft und dem Grundsatze der Rechtssicherheit drohe.

Es ist nun in der Tat zuzugeben, daß die angeführten Momente der Definition des Monopolbegriffes Schwierigkeiten in den Weg stellen. Diese Schwierigkeiten beziehen sich jedoch offenkundig nur auf die exakte Kennzeichnung der äußeren Voraussetzungen, die jeweils gegeben sein müssen, damit Monopol wirkungen zustande kommen können. So sehr aber diese äußeren Voraussetzungen

auch in den einzelnen Fällen verschieden sein mögen, so scheint doch andererseits der Tatbestand der monopolistischen Marktwirkung immer derselbe zu sein. Man müßte daher logischerweise so vorgehen, daß man eine Definition der Monopolwirkung gibt; denn wenn das Bedürfnis besteht, an den Monopolbesitz besondere Rechtswirkungen zu knüpfen (— und wer wollte dieses Bedürfnis leugnen? —), dann kann es doch offenbar nur darauf ankommen, den Tatbestand dieses Besitzes zu kennzeichnen, nicht aber darauf, die vielfältigen technischen Möglichkeiten und äußeren Voraussetzungen aufzuzählen und in die Definition hineinzupressen, die zur Verfügung stehen oder gegeben sein müssen, um diesen Besitztatbestand herbeizuführen oder wahrscheinlich zu machen. Der materielle Inhalt anderer Herrschaftsverhältnisse, z. B. des Eigentums, ist doch auch unabhängig von den verschiedenen Möglichkeiten des Eigentumserwerbs.

Was aber die Befürchtung anbetrifft, die man für den Fall hegt, daß eine Monopoldefinition aufgestellt wird, so scheint es doch des Nachdenkens wert zu sein, welche Gefahr für das System der freien Wirtschaft die größere ist: Diejenige, die von einer vielleicht zu weit gefaßten und zu allgemeinen Monopoldefinition ausgehen könnte, oder diejenige, die entstehen muß, wenn es dem Recht der freien Verkehrswirtschaft nicht gelingt, mit dem Monopoltatbestande fertig zu werden, wenn es das Recht geschehen läßt, daß die Ordnung des freien Marktprozesses von innen heraus vernichtet oder doch verfälscht wird, ohne in sich selbst die Kraft zu besitzen, die zerstörte Ordnung durch eine andere zu ersetzen.

2. Marktmacht und marktmäßige Machtlosigkeit

Der Fehler, den man bei den bisherigen Versuchen, das monopolistische Kriterium zu ermitteln, gemacht hat, liegt offenbar darin, daß man von dem Begriffe des Alleinseins, von dem Wortbestandteil monos ausgegangen ist, d. h., daß man sich bemüht hat, festzustellen, wie allein einer sein müsse, um als Monopolist gelten zu können. In Wahrheit kommt es aber nicht auf das Moment und auf den Grund des Alleinseins als vielmehr auf das Moment und auf den Grad der Macht an. Worin aber besteht das Wesen der wirtschaftlichen Marktmacht, welcher Art ist diese Macht und welches ist vor allem ihr Objekt?

Alle diese Fragen lassen sich indessen nur beantworten, wenn man zuvor darüber Klarheit gewonnen hat, wie der Marktzustand beschaffen ist, bei dem keine Machtlage gegeben ist. Alle Versuche, den Monopolbegriff definieren zu wollen, müssen nämlich notwendig scheitern, bevor nicht zweifelsfrei feststeht, was wir unter der Konkurrenz zu verstehen haben. Was aber diese Vor-

frage anbetrifft, so kann man der Rechtswissenschaft den Vorwurf nicht ersparen, daß sie derjenigen Marktverfassung, die unserem gesamten Privatrechtssysteme und unserer öffentlich-rechtlichen Gewerbegesetzgebung als Voraussetzung zugrunde liegt, mit einer kaum zu überbietenden Interesselosigkeit gegenübersteht. Im luftleeren Raume allerdings läßt sich schwer definieren, und so ist es denn kein Wunder, daß sich der exakten Einsicht in das Wesen des Monopols die größten Schwierigkeiten in den Weg stellen, solange man von dem Begriffe des gegenteiligen und dazu auch noch normgemäßen Marktzustandes der Konkurrenz nur eine höchst vage und unklare Vorstellung hat. Nicht den Mangel einer zureichenden Monopoldefinition, sondern den Mangel einer zureichenden Wettbewerbsdefinition haben wir zu beklagen.

Wenn wir der herrschenden Rechtsauffassung glauben dürfen, dann liegt Wettbewerb immer vor, wenn sich mehrere Anbieter um die Gunst der gleichen Nachfragenden bemühen und sich gegenseitig diese Nachfragenden durch irgendwelche Mittel abspenstig machen. Sind diese Mittel mit dem Gesetze und mit den guten Sitten vereinbar, so handelt es sich um erlaubten und lauteren Wettbewerb, ist dies nicht der Fall, so stellt sich der Wettbewerb als unerlaubter und unlauterer Wirtschaftskampf dar.

So einfach liegen indessen die Dinge nicht. Sobald wir nämlich an den Wettbewerbsbegriff den strengeren und exakteren Maßstab der Wirtschaftswissenschaft, insbesondere der klassischen Wirtschaftslehre anlegen, ergibt sich eine bedeutsame Einschränkung, und zwar eine Einschränkung in doppelter Hinsicht.

Zunächst einmal genügt es nicht, daß irgendwelche beliebigen Kampfmittel (lautere und unlautere) angewendet werden, sondern es ist vielmehr erforderlich, daß diese Mittel mit einem ganz bestimmten Kampfprinzip in Einklang stehen. Alle Kampfhandlungen, die diesem Kampfprinzip zuwiderlaufen, gehören zwar dem allgemeinen Gebiete des Wirtschaftskampfes, nicht aber dem engeren und exakt umgrenzten Gebiete des gewerblichen Wettbewerbs an; ihre Anwendung erzeugt nicht die Wirkungen, die man der echten Konkurrenz zuspricht. Davon wird später noch ausführlich zu sprechen sein.

Zweitens aber ist erforderlich, daß das Marktverhalten des einzelnen Konkurrenten keinen spürbaren Einfluß auf die Gesamtmarktlage, auf die Gestaltung des marktmäßigen Preis- und Leistungsausgleiches äußert. Das Preis- und Leistungsniveau soll sich auf jedem Markte als das anonyme Ergebnis eines einheitlichen Verfahrens einspielen, an dem auf

der Angebotsseite viele, im Vergleich zur Gesamtleistungskraft relativ bedeutungslose Einzelleistungskräfte, auf der Nachfrageseite aber gleichfalls viele, im Vergleich zur Gesamtkaufkraft relativ bedeutungslose Einzelkaufkräfte in freier individueller Beweglichkeit[1]) beteiligt sind. Nur unter dieser zusätzlichen Voraussetzung erzeugt das Konkurrenzverhalten der beteiligten Individuen denjenigen allgemeinen Konkurrenzzustand, über den sich die bekannten wirtschaftswissenschaftlichen Aussagen machen lassen, also z. B. die Aussagen über die Gesetze der Marktpreisbildung, der automatischen Leitung des Kapitals nach den Stellen unbefriedigter Nachfrage, des Verhältnisses zwischen Preis, Kapitalrente und Arbeitslohn, Grenznutzenlehre usw. Sobald dagegen die Angebotsgestaltung oder die Nachfrage-Taktik eines einzelnen oder einer solidarisch vorgehenden Gruppe bestimmenden Einfluß auf das Ergebnis des Einspielens der Kräfte gewinnt, sobald also die Anonymität des Prozesses modifiziert wird durch die Wirkung individuell bestimmter Willensentschließungen, sprechen wir von wirtschaftlicher Macht, und die Betätigung dieser Macht erzeugt dann Wirkungen, die nicht mehr im Einklange mit jenen erwähnten Gesetzmäßigkeiten der reinen Konkurrenzwirtschaft stehen.

Insoweit die Folgen der Machtbetätigung die wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten berühren, handelt es sich allerdings zunächst um ein rein wirtschaftswissenschaftliches Problem. Dieses Problem wird aber zugleich auch zu einem rechtlichen, und zwar deshalb, weil die Ausstattung der rechtlichen Freiheitssphäre des

---

[1]) D. h. es kommt nicht nur auf die Bedeutungslosigkeit des isolierten Marktbeteiligten, sondern auch darauf an, daß jeder Marktbeteiligte seine Entschlüsse unbeeinflußt durch andere auf Grund eines selbständigen Denkprozesses, d. h. auf Grund eigener Überlegung und eigener Würdigung der Sachlage trifft. Der einzelne soll Einzelgänger, nicht Herdentier, — Individualist, nicht Massenpartikel sein. Daß der Auslese- und Einspielungsprozeß der freien Konkurrenz dann gestört wird, wenn sich das wirtschaftende Individuum dieser Einzelgängereigenschaft begibt und sich freiwillig sozusagen als Soldat in Reih und Glied irgendeiner Marschkolonne stellt, haben wir schon erwähnt. An dieser Stelle aber sei hinzugefügt, daß eine ähnliche Störung auch dann eintritt, wenn die freien Individuen unter dem Einfluß einer Massenpsychose die Fähigkeit selbständigen Denkens und ruhigen Urteilens einbüßen. Dies ist z. B. der Fall, wenn in Zeiten aufsteigender Konjunktur eine allgemeine, jeder besonnenen Überlegung hohnsprechende Überschätzung (Konjunkturtaumel), oder in Zeiten der Krise eine ebenso sinnlose Unterschätzung (Panik) der Marktchancen um sich greift. Dieser Erscheinung steht allerdings die Rechtsordnung machtlos gegenüber, weil sie ja nur in der Lage ist, die äußeren Vorbedingungen für die Entfaltung selbständiger Denk- und Willenstätigkeit zu schaffen, nicht aber, die Rechtsgenossen zu zwingen, daß sie von dieser Rechtslage einen verständigen Gebrauch machen. Wirtschaftlich gesehen wirkt aber eine solche Massenpsychose genau wie ein Kartell, dessen Leitung den Kopf verloren hat.

isolierten wirtschaftenden Individuums im Rahmen einer vom Grundsatz der Gewerbefreiheit beherrschten Wirtschaftsverfassung die Machtlosigkeit dieses Individuums voraussetzt und eine geradezu verhängnisvolle Opulenz aufweist, sobald dieses Individuum in eine Machtstellung auf dem Markte hineinwächst. Das Charakteristikum dieser Freiheitsbemessung besteht nämlich darin, daß das korrekt konkurrierende Individuum von jeder Verantwortlichkeit für die Wirkungen seines Tuns auf das wirtschaftliche Schicksal anderer, sei es der Mitbewerber, sei es der Marktgegner, sei es endlich der Gesamtwirtschaft, radikal freigestellt ist. Mag der einzelne sich selbst oder anderen durch seine Maßnahmen nützen oder schaden, mag er wirtschaftlich klug oder töricht handeln, mag er sich über die Grenzen des Marktpreisniveaus hinwegsetzen oder sich innerhalb ihrer bewegen, er ist grundsätzlich unverantwortlich, und niemand, weder der individuell Betroffene, noch irgendeine Gemeinschaft, noch endlich der Staat, hat das Recht, ihn für die Folgen seines Tuns haftbar zu machen oder ihn zu einer Änderung seines Verhaltens für die Zukunft zu zwingen. Seine wirtschaftliche Freiheit ist also, rechtlich gesehen, eine ungeheure und nahezu schrankenlose; ihre Gewährung rechtspolitisch daher nur vertretbar unter der Voraussetzung marktmäßiger Machtlosigkeit. Sobald aber das Individuum in die Lage kommt, dem marktmäßigen Einspielungsprozesse seinen Willen erkennbar aufzuzwingen, d. h. selbst Marktschicksal zu spielen, führt der Grundsatz der Verantwortungslosigkeit zu einem Rechts- und Sozialzustande, der die Bezeichnung einer Rechts- und Sozialordnung nicht mehr verdient.

3. Der psychologische Mechanismus der Konkurrenz

Der Konkurrenzzustand ist also ein Zustand grundsätzlicher allgemeiner Machtlosigkeit, wobei unter Machtlosigkeit die Unfähigkeit jedes Marktbeteiligten zu verstehen ist, auf das marktmäßige Angebots- oder Nachfrageniveau anders als durch Verbesserung seiner individuellen wirtschaftlichen Leistungskraft bzw. durch verständige Handhabung seiner Kaufkraft einzuwirken. Und zwar genügt es nicht, daß jeweils einige machtlos sind, andere aber nicht. Sobald nämlich auf irgendeinem Markte eine marktbeeinflussende Willensmacht in Erscheinung tritt, befinden sich auch die neben ihr wirkenden freien und machtlosen Rivalen nicht mehr unter jenem psychologische Druck, dem sie im Zustande allgemeiner Machtlosigkeit ausgesetzt sind. Wir haben vielmehr schon oben dargelegt, daß das Vorhandensein einer Marktmacht den übrigen Gewerbegenossen ein relativ bequemes Trabantendasein im Schatten der Macht ermöglicht. Erst wenn alle machtlos sind, tritt der Zwang

zur energischen Teilnahme am wirtschaftlichen Fortschritte und zur alsbaldigen Weitergabe der Wohltaten jedes erzielten Fortschritts an die Nachfrageseite in Kraft. Und zwar tritt er deshalb in Kraft, weil nur bei Machtlosigkeit aller dem Gewinnstreben jedes einzelnen die verlockenden Wege verschlossen sind, die sonst etwa zu mühe- und risikolosem Erfolg und Reichtumerwerb führen mögen. Es gibt dann eben keine Wahl als den Einsatz, sei es geistiger oder körperlicher Arbeit, sei es von Kapital oder Gütern im Dienste des wirtschaftlichen Fortschritts. Jedes Nachlassen in der Mühewaltung, jede Nichtverwendung von wertbarem Kapital führt unverzüglich zu Ertragseinbußen und Verlusten, desgleichen aber auch jede Mühewaltung und jede Kapitalverwendung in wirtschaftsfeindlicher oder wirtschaftsgleichgültiger Richtung[1]).

[1]) Diesen letzteren Zusammenhang verkennt die Mehrwerttheorie, wenn sie annimmt, daß wirtschaftliche Arbeit schlechthin Mehrwert erzeuge. In Wahrheit erzeugt nur solche Arbeit Mehrwert, die in der Richtung des wirtschaftlichen Bedürfnisses eingesetzt wird. Bedürfnisindifferente Arbeit erzeugt keinen Mehrwert, bedürfnisfeindliche Arbeit erzeugt Minderwert. Die Funktion des Kapitalisten oder besser des Unternehmers in einer freien Verkehrswirtschaft ist es, daß er die menschliche Arbeitstätigkeit in der Richtung des wirtschaftlichen Bedürfnisses und Fortschrittes einsetzt, wobei er den Lohn für geleistete unselbständige Arbeit wie auch den Preis für bezogene Kapital- und Kostengüter ohne Rücksicht darauf bezahlen muß, ob Mehrwert erzeugt worden ist oder nicht. Er selbst wird im Erfolgsfalle zwar — im Verhältnis zu denjenigen, die bloß unselbständige Arbeit beisteuern — übermäßig belohnt, dafür aber auch im Mißerfolgsfalle übermäßig bestraft (Unternehmenszusammenbruch, Kapitalverlust).

Sowohl Lohn wie Strafe sind in ihrem Ausmaße, wenn man sie als Entgelt für geleistete gute oder schlechte Dienste auffaßt, sozial ungerecht. Es ist kein Zweifel darüber möglich, daß der Unterschied zwischen der Größe des persönlichen Einsatzes, z. B. in den Fällen der Hergabe von 10 Millionen oder von 1 Million Reichsmark, oder in den Fällen der gesundheitsgefährdenden Betätigung, z. B. als Chemiker oder als Bergwerksarbeiter, viel geringer ist als der Unterschied der Entlohnung im Falle des Erfolgs (sagen wir z. B. 1 Million oder 100 000 Reichsmark Gewinn, 12 000 Reichsmark Gehalt und 2000 Reichsmark Lohn im Jahre) oder im Falle des Mißerfolgs (1 Million oder 100 000 Reichsmark Verlust, 12 000 Reichsmark Gehalt und 2000 Reichsmark Lohn. Lohn und Gehalt können sich allerdings im Konkursfalle vermindern, und zwar schlimmstenfalls bis auf Null, jedoch niemals in Verlust verkehren).

Weder der Hinweis auf die Verschiedenheit des Risikos noch der Hinweis auf die Verschiedenheit des Wertes der betreffenden Leistung für die Sozialgemeinschaft vermögen diese krassen Verschiedenheiten der Einsatzentlohnung zu rechtfertigen. Dem System der freien Verkehrswirtschaft kommt es aber auf das Verhältnis oder Mißverhältnis zwischen Leistung und Entgelt in diesen Fällen überhaupt nicht an, sondern vielmehr ausschließlich auf die Erzeugung einer psychologisch ausreichenden Lock- und Abschreckungswirkung auf diejenigen, die es in der Hand haben, ob Kapitalien und Arbeitskräfte in wirtschaftlich nützlicher oder in wirtschaftlich schädlicher Weise eingesetzt werden. Mit Zuckerbrot und Peitsche setzt das liberale Wirtschaftssystem den Unternehmer und Kapitalbesitzer auf die Fährte des wirtschaftlichen Fortschritts, der wirtschaftlichen Werterzeugung und Werterhaltung und bemißt die Sanktionen für den Fall des Erfolgs wie für den Fall des Mißerfolgs so reichlich wie möglich.

Die Machtlosigkeit besteht also nicht darin, daß ein Unternehmer rechtlich oder faktisch daran verhindert wäre, das Marktpreisniveau zu überschreiten oder in seiner Spannkraft nachzulassen oder sich sonst wirtschaftlich unnütz oder wirtschaftlich schädlich zu verhalten, sondern sie besteht vielmehr nur darin, daß jedes derartige Verhalten unverzüglich und mitleidlos nachteilige Folgen für den betreffenden Unternehmer nach sich zieht. Und zwar so unverzüglich, daß der Geschädigte selbst bei geringer Intelligenz über den Kausalzusammenhang zwischen Ursache und Wirkung nicht im Zweifel sein kann, und so mitleidlos, daß es ein vergeblicher Versuch sein würde, dem Schicksal Trotz bieten und seinen Kopf durchsetzen zu wollen. Wer trotzdem unbelehrbar bleibt oder wer die notwendige positive Spannkraft nicht aufzubringen vermag, wird aus dem Wirtschaftsprozeß ausgeschichtet.

Ein konkurrenzbeherrschter Wirtschaftszweig bietet demnach sozusagen das Bild eines Läuferfeldes: Wer hinter dem Grenzbetriebe zurückbleibt, dem setzt das Wirtschaftsschicksal so zu, daß er entweder das Feld wieder einzuholen gezwungen ist oder dem wirtschaftlichen Tode verfällt; wer dagegen am weitesten vorstürmt, den überhäuft es mit seinen Gaben. Dabei verhält es sich so, daß Unternehmer, die in erster Linie persönliche Arbeit und wenig Kapital einzusetzen haben, also etwa Handwerker und kleinbetriebliche Einzelhändler, im Falle der Tüchtigkeit relativ gering entlohnt, dafür aber auch im Falle der Untüchtigkeit relativ schwach bestraft werden. Sie werden selten reich, können dagegen aber auch verhältnismäßig lange im Wege des Durchhungerns ihre selbständige Unternehmerexistenz verteidigen. Beim kapitalintensiven Betriebe dagegen tritt eine außerordentliche Relaiswirkung sowohl des Erfolges wie des Mißerfolgs ein: Wirtschaftlich nützlich angelegtes Kapital wirft enorme Erträge ab (namentlich wenn man diese Erträge nicht in Beziehung zur Größe des Kapitals, sondern in Beziehung zur Tätigkeit der kapitalbeisteuernden und kapitalverwaltenden Einzelpersönlichkeit setzt), während wirtschaftlich unverständig verwendetes Kapital rapid schwindet. Die Rechts- und Sozialordnung der freien Verkehrswirtschaft nimmt die Nachteile etwa entstehender schroffer Besitzverschiedenheiten und die Nachteile einer grundsätzlichen Unsicherheit und Labilität aller wirtschaftlichen Existenzgrundlagen für das soziale Zusammenleben der Menschen in Kauf, um diejenigen Organe des Wirtschaftsprozesses, denen die Aufgabe des Einsatzes von Kapital und Arbeit (eigener und fremder Herkunft) beruflich überantwortet ist, nämlich die selbständigen Unternehmungen, unter den denkbar schärfsten psychologischen Druck zu setzen, damit sie ihren Beruf in wirtschaftsfördernder Weise ausüben und auf diese Weise der Mehrung des Gesamtwohlstandes,

besonders des Wohlstandes der breiten Massen dienen[1]).

Die wirtschaftliche Machtlosigkeit des einzelnen in einer Konkurrenzwirtschaft ist also eine psychologische Zwangslage. In dem Maße, in dem sich diese Zwangslage für den einzelnen oder für solidarisch vorgehende Gruppen in ihrer objektiven Wirksamkeit abschwächt, d. h. in dem Maße, als sich der einzelne oder die Gruppe der Verlustfolge im Falle wirtschaftlichen Versagens zu entziehen oder aber die Gewinnfolgen im Falle wirtschaftlicher Bewährung über die natürliche Relation hinaus zu steigern vermögen, sprechen wir von zunehmender wirtschaftlicher Macht. Die natürliche Verlustfolge läßt sich aber nur abschwächen und die natürliche Gewinnfolge nur steigern, wenn sich der betreffende Unternehmer in den Besitz einer zusätzlichen Ertragsquelle setzt, deren Ausbeutung es ihm gestattet, seinen wirtschaftlichen Lohn auf andere Weise als durch Entfaltung wirtschaftlich nützlicher Leistungskraft zu suchen und die Straffolgen, die bei der normalen Konkurrenz an ein solches Verhalten geknüpft sind, von sich abzuwenden. Diese zusätzliche Ertragsquelle aber ist die Kaufkraft der Gegen-

---

[1]) Auch in diesem Punkte besteht ein denkbar scharfer Gegensatz zwischen der Auffassung und der Voraussetzung der sogenannten liberalen Wirtschaftsphilosophie und der Auffassung und Voraussage der sozialistischen Kritik. Während Adam Smith lehrt, daß bei zunehmendem Wirtschaftsfortschritt die Kapitalrente sinke, Arbeitslöhne und Grundrente dagegen steigen, so daß also die Entwicklung der freien Verkehrswirtschaft dem Interesse der Arbeiter und der Bauern mehr zugute komme als dem Interesse des in Industrie und Handel angelegten Kapitals und daß daher das System der Wirtschaftsfreiheit infolge dieses Zusammenhangs eine sozial ausgleichende Tendenz in sich selbst habe, glaubt Marx, daß der Erfolg dieser Entwicklung allein von den Kapitalinteressen beansprucht und usurpiert werde mit der Folge, daß sich die einseitige Macht des Kapitals bis zur schließlich eintretenden Sozialisierungsreife der Wirtschaft oder doch der wichtigsten Wirtschaftszweige anreichere. Es ist allerdings hervorzuheben, daß auch Smith die Möglichkeit einer derartigen (wenn auch keineswegs so kraß gesehenen) Entwicklung nicht schlechthin übersieht; aber er rechnet mit diesem ungünstigen Falle — und darin besteht der fundamentale Unterschied — nur unter der Voraussetzung, daß es das Kapital verstehen sollte, seine rein wirtschaftliche Machtfülle durch Erwerb zusätzlicher sozialer, politischer und rechtlicher Machtpositionen zu verstärken, also etwa durch Erwerb monopolistischer Marktherrschaft im Wege der Verzunftung oder aber dadurch, daß es die Staatsgewalt hinter seine einseitigen Interessen stellt (Einfluß auf die Handels-, Zoll- und Kolonialpolitik, auf die Sozialgesetzgebung — wie z. B. die Gesetzgebung über das Lehrlingswesen, die Lehrlingsausbildung, den numerus clausus im Gewerbe, Aufenthaltsbeschränkungen usw. — und auf die Ausgestaltung des bürgerlichen Rechts). Er wirft diese Vermengung von natürlicher, rein wirtschaftlicher Kapitalmacht mit sozialen und politischen Machtelementen seinerseits dem System des Merkantilismus vor, das er aus diesem Grunde denn auch in ganz ähnlicher Weise für einen chaotischen Wirtschaftszustand hält, wie die sozialistische Kritik das System der freien Verkehrswirtschaft.

seite; sie wird dadurch erschlossen, daß der Machtinhaber in die Lage kommt, die Kaufkraft an dem Ausweichen auf bessere Angebote und Leistungen wirksam zu verhindern. Die Machtstellung ist vollkommen, wenn schlechthin jedes Ausweichen unmöglich geworden ist, wenn also die Nachfrage nach einer bestimmten Wirtschaftsleitung auf einen einzigen Anbieter angewiesen ist.

4. Konkurrenz, absolutes Monopol, relatives Monopol

Wir haben es also bei den Begriffen der Konkurrenz (totale Machtlosigkeit des einzelnen) und des Monopols (absolute Herrschaft des einzelnen über die Kaufkraft der Gegenseite) mit den jeweils extremen Endzuständen einer fortlaufenden Reihe zu tun. (S. Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim-Leipzig 1919, S. 172, wo das Analoge für die Gradstufen der Culpa und der Entgeltlichkeit festgestellt ist).

Der Zustand des einen Extrems, der Konkurrenz, ist dadurch gekennzeichnet, daß die Position des Grenzbetriebes (wenn wir sie als die letzte gerade noch auskömmliche Berufsstelle auffassen)

Das Instrument, das die liberale Schule zum Zwecke der gesellschaftlichen und politischen Entmachtung der einseitigen Kapitalinteressen vorsieht, ist die freie Konkurrenz; es wird daher eine solche Ausgestaltung der Rechtsordnung befürwortet, die es dem Unternehmer so schwer wie möglich machen soll, Einfluß auf den Markt zu gewinnen. Der Sozialismus dagegen hofft geradezu auf eine immer totalere Herrschaft des Kapitalisten über den Markt, um diese Herrschaft, sobald sie erst hinreichend stark und hinreichend organisiert sein werde, unter Entsetzung der privaten Machthaber auf die Gesellschaft zu übertragen. Sollte sich diese Voraussage erfüllen, so würde also die sozialistische Gesellschaft eine denkbar desorganisierte, unproportionierte, fehlgeleitete, falsch aufgebaute Wirtschaft zu übernehmen haben, eine Erbschaft, wie man sie nur seinem schlimmsten Feinde wünschen könnte.

In einer Beziehung hat allerdings Marx sehr viel realer und richtiger gesehen als Smith, nämlich insofern, als er die natürliche Kraft des befreiten Kapitalinteresses, sich gleichzeitig in den Besitz sozialer und politischer Machtpositionen zu setzen, erkannt und als beinahe unwiderstehlich in Rechnung gestellt hat, während Smith glaubte, es genüge, die Voraussetzungen für die Entstehung freier Konkurrenz zu schaffen, um dadurch das Unternehmertum am Hebel seiner eigenen Erwerbsinteressen nach dem Grundsatze: divide et impera, also sozusagen auf automatischem Wege in den Dienst des Wirtschaftsfortschritts zu zwingen. Die wirtschaftliche und soziale Entwicklung hat gezeigt, daß das Unternehmertum auch mit der unbequemen Dreingabe und Einrichtung der Konkurrenz fertig wird, solange das Recht und der Staat diese Einrichtung nur passiv verteidigt. Das im sozialen Leben obwaltende Naturgesetz, daß sich die Macht von der Macht angezogen fühlt (wobei sich in unserem Falle die soziale Macht in die Hörigkeit der privaten begab), hat sich vielfach als stärker erwiesen als die Vitalität des Konkurrenztriebes. Vom Standpunkt der freien Wirtschaftslehre ist aus dieser Erfahrung aber nur die Folgerung zu ziehen, daß dem Prinzip der Konkurrenz von seiten der Gesellschaft, von seiten des Staates und von seiten des Rechtes ein viel energischerer und monumentalerer Schutz zuteil werden muß als bisher.

im Wege eines anonymen Verfahrensprozesses geschaffen wird, wobei der einzelne nur die Freiheit hat, diese Position zu beziehen und sich auf ihr zu halten, nicht aber die Freiheit, ihre materielle Ausstattung einseitig zu ändern. Er kann lediglich durch Entfaltung zusätzlicher Leistungskraft dazu beitragen, daß sich die Grenze in der Richtung des Wirtschaftsfortschritts verschiebt, so daß zur Behauptung der Grenzposition mit der Zeit ein immer höheres Maß von Leistungskraft erforderlich wird als vordem. Er ist dagegen nicht in der Lage, durch Nachlassen an Leistungskraft die Grenze nach rückwärts zu verschieben (wenigstens nicht solange die Kaufkraft der Gegenseite stabil bleibt), da er in diesem Falle unverzüglich seiner Grenzposition durch Ausweichen der Nachfrage auf bessere Angebote entsetzt wird.

Der Zustand des anderen Extrems, des absoluten Monopols, besteht darin, daß ein anonymer Verfahrensprozeß, der die Position des Grenzbetriebes erzeugt, überhaupt nicht mehr stattfindet, sondern daß der monopolistische Anbieter die marktpreis- und marktleistungsbestimmende Funktion des Grenzbetriebes usurpiert und diese Position in bezug auf ihre materielle Ausstattung nach einseitigem Gutdünken ausbaut. Er allein bestimmt den Marktpreis und das Leistungsniveau. Wie aber auch immer diese Bestimmung ausfällt und welche Folgen sie für die Wirtschaft und für ihn selbst äußern mag, eine Folge kann unter gar keinen Umständen eintreten, nämlich die, daß die Nachfrage auf bessere Angebote ausweicht. Von dieser Seite können dem absoluten Monopolisten keinerlei nachteilige Wirkungen erwachsen.

Die Zwischenstadien zwischen Konkurrenz und absolutem Monopol sind dadurch gekennzeichnet, daß sich der relative Monopolist zwar mit Angeboten auf dem Markte behaupten kann, die schlechter sind als die Angebote, die der Grenzanbieter bei freier Konkurrenz zu stellen gezwungen sein würde, und daß auch hier ein Ausweichen der Nachfrage auf bessere Angebote nicht möglich ist. Aber — und darin besteht der Unterschied zwischen dem relativen und absoluten Monopol — diese Möglichkeit hat eine Grenze, deren Überschreitung den anonymen Verfahrensprozeß wieder in Lauf setzt, so daß nunmehr ein Ausweichen der Nachfrage wieder möglich wird.

An Hand eines primitiven schematischen Beispiels kann man sich die drei Fälle: Konkurrenz, absolutes Monopol und relatives (begrenztes) Monopol etwa in folgender Weise veranschaulichen:

Angenommen, es bestehe der Zustand allgemeiner Machtlosigkeit (Konkurrenz). In diesem Falle wird das Marktpreisniveau durch ein anonymes Ausgleichs- und Einspielungsverfahren erzeugt und, sagen wir einmal, in einem bestimmten Augenblick auf der

Preislage 10 stabilisiert. Jeder Versuch eines einzelnen, einen höheren Preis zu fordern, hat zur Folge, daß die Nachfrage die Leistungen dieses Unternehmers nicht mehr in Anspruch nimmt, sondern unverzüglich auf die Angebote derjenigen ausweicht, die höchstens den Preis 10 verlangen.

Ein absolutes Monopol dagegen würde auf dem gleichen Markte und zu dem gleichen Zeitpunkte dann vorliegen, wenn der monopolistische Anbieter den Preis bis auf Unendlich emportreiben könnte, ohne daß die Nachfrage in der Lage sein würde, auszuweichen. Der Monopolist kann sich in diesem Falle daher in aller Ruhe denjenigen Preis aussuchen, bei dem er den optimalen Gewinn erzielt, d. h. er braucht lediglich auf die Kaufkraft, nicht aber auf das Ausweichvermögen der Nachfrage Rücksicht zu nehmen. Nehmen wir einmal an, dieser optimale Monopolpreis liege bei 12 (Ausbeutungsgrenze der Nachfragekaufkraft).

Der Tatbestand des relativen Monopols ist dann aber dadurch gekennzeichnet, daß der Monopolist zwar in der Lage ist, seinen Preis über 10 zu erhöhen, ohne daß die Nachfrage zunächst ausweichen könnte, daß aber die Nachfrage, sobald ein bestimmtes Ausmaß der Preiserhöhung überschritten wird, ihr Ausweichvermögen zurückgewinnt, d. h. daß nunmehr wieder freie Anbieter auf dem Markte erscheinen, die in der Lage sind, die Nachfrage zu dem betreffenden, oberhalb der freien Marktpreisgrenze liegenden Preise ausreichend zu befriedigen. Nehmen wir an, daß diese Grenze in unserem Falle bei 11 liegt. In diesem Falle befindet sich also der relative Monopolist in der Möglichkeit, innerhalb der Spanne 10—11 den Preis nach absolut einseitigem Gutdünken festzusetzen, wie es ihm gerade im eigenen Gewinninteresse nützlich erscheint. Sobald er aber über den Preis 11 hinausgeht, bewegt er sich außerhalb seiner monopolistischen Machtsphäre, d. h. aber innerhalb des freien Konkurrenzmechanismus. Es treten nunmehr diejenigen Folgen der Preisübersetzung ein, die für den Zustand der freien Konkurrenz charakteristisch sind, nämlich das Ausweichen der Nachfrage auf solche Angebote, die höchstens das Grenzpreisniveau vorsehen. Nicht mehr der Monopolist ist Grenzanbieter, sondern vielmehr derjenige Außenseiter, der gerade noch in der Lage ist, bei dem Preis 11 seine Kosten herauszuwirtschaften. Dies ist im Falle der relativen Monopolmarktlage ein schlechterer, leistungsschwächerer Anbieter als derjenige, der bei absolut freier Konkurrenzlage imstande sein würde, die Position des Grenzanbieters zu verteidigen. Der ideale Grenzanbieter würde in unserem Falle also derjenige sein, der auch noch bei der Preisforderung 10 auf seine Kosten käme.

Der relative Monopolist ist also innerhalb seiner Einflußsphäre im Besitze der absoluten Herrschaftsgewalt, außerhalb

derselben aber absolut ohnmächtig. Solange er sich innerhalb seiner Machtsphäre bewegt, gelten die Gesetzmäßigkeiten der Monopolwirtschaft unbeschränkt, sobald er sie indessen verläßt, treten die Gesetzmäßigkeiten der Wettbewerbswirtschaft wieder in Kraft, und zwar ebenfalls wieder unbeschränkt. Es ist daher irreführend und beruht auf einem Denkfehler, wenn man den Fall des relativen Monopols als „geregelte Konkurrenz"[1]) bezeichnet. Das Verhalten des relativen Monopolisten innerhalb der Preisspanne 10—11 ist vielmehr rein monopolistisch, hier ist von Konkurrenz überhaupt nicht die Rede, oberhalb der Spanne jedoch rein wettbewerbsbedingt, ohne daß dieser Wettbewerb in irgendeiner Hinsicht „geregelt" wäre.

5. Das relative Monopol insbesondere

Der Fall eines relativen Monopols, d. h. der Fall der Begrenzung der Monopolmacht durch das Konkurrenzprinzip, kann in dreifacher Weise zustande kommen:

a) Durch die Wirksamkeit von Außenseitern,
b) durch das Wiederaufleben der Konkurrenz unter den Monopolbeteiligten,
c) dadurch, daß nur einzelne Elemente des Angebots monopolisiert sind, während in bezug auf die rechtlichen Angebotselemente freie Konkurrenz herrscht.

Zu a. Dieser Fall ist schon oben zum Ausgangspunkt genommen worden und bedarf keiner weiteren Erörterung. Er liegt vor, wenn sich das Ausweichen der Nachfrage auf Außenseiterangebote erst oberhalb der normalen Marktpreislage auf den Monopolisten voll auswirkt.

Zu b. Dieser Fall ist gegeben, wenn z. B. maßgebliche Kartellmitglieder ihren Beitritt oder ihren Gehorsam von der Bedingung abhängig machen, daß ein gewisses (oberhalb der normalen Marktpreisgrenze liegendes) Monopolpreisniveau nicht überschritten wird, oder wenn infolge der Überschreitung eines bestimmten Preisniveaus die Kartelldisziplin in die Brüche geht, bei gemäßigter Preispolitik aber aufrecht erhalten bleibt.

Zu c. Solange sich eine Kartellabmachung nur auf die Preise oder nur auf die Angebotsmengen oder nur auf die Qualitäten oder endlich nur auf die Geschäftsbedingungen erstreckt, liegt ebenfalls ein aus Monopol und Konkurrenz gemischter Marktzustand vor. Die Nachfrage kann allerdings in diesen Fällen — (vorausgesetzt natürlich, daß wenigstens die Teilmonopolisierung lückenlos ist) — nicht auf Angebote ausweichen, die das monopolisierte Angebots-

[1]) So unter vielen z. B. Gorski in seiner Polemik gegen meinen Aufsatz: „Ausschreibung und Verdingungskartelle", erschienen unter der gleichen Überschrift in Kartellrundschau 1932, S. 87.

element nicht enthalten. In bezug auf die übrigen Angebotselemente aber hat sie völlig freie Auswahl, d. h. sie kann unter den zu Monopolpreisen anbietenden Unternehmern denjenigen bevorzugen, der die besten Qualitäten oder der zu den günstigsten Geschäftsbedingungen zu liefern gewillt ist.

Dieser Fall ist wohl vorzugsweise gemeint, wenn von „geregelter Konkurrenz" gesprochen wird, — ein Begriff, der von seinen Befürwortern sowohl dem Begriff des Monopols (als dem Begriff der total beseitigten Konkurrenz) als auch dem Begriff der normalen Konkurrenz (als dem Begriff der „ungeregelten", der „anarchischen" Konkurrenz) gegenübergestellt wird. Aber auch bei diesem Falle liegt in Wahrheit nicht „geregelte Konkurrenz", sondern vielmehr in bezug auf das monopolisierte Angebotselement totaler Ausschluß jeder Konkurrenz, d. h. also Monopol vor, während in bezug auf die übrigen Angebotselemente völlige Konkurrenzfreiheit (d. h. also „ungeregelte", „anarchische", Konkurrenz im Sinne jener Auffassung) herrscht.

Für die Feststellung des monopolistischen Charakters einer bloß auf Angebotselemente beschränkten Monopolisierung ist es unerheblich, welches Element monopolisiert ist. Es ist vielmehr stets nur die Frage zu stellen: Kann die Nachfrage auf Angebote ausweichen, die billigere Preise, vorteilhaftere Geschäftsbedingungen, bessere Qualitäten als die jeweils festgesetzten Preise oder Geschäftsbedingungen oder Qualitäten vorsehen? Ist diese Frage für ein einzelnes Angebotselement (z. B. für die Qualität) zu verneinen, für die übrigen aber (also für den Preis und für die Konditionen) zu bejahen, so stehen wir einem Qualitätsmonopol bei gleichzeitiger Marktfreiheit in bezug auf Preise und Bedingungen gegenüber. Die Nachfrage ist außerstande, auf bessere als die vom Kartell vorgeschriebene Höchstqualitäten auszuweichen, dagegen regeln sich der Preis und die Bestimmung über das Zahlungsziel, den Gefahrübergang, die Haftungsgrenzen, die Lieferzeit usw. im Wege des freien konkurrenzmäßigen Einspielens der Kräfte.

Als relativ können wir diese Monopolisierungen von bloßen Angebotselementen deshalb und insoweit bezeichnen, als die freie Konkurrenz in den nicht monopolisierten Beziehungen der monopolistischen Verschlechterung des monopolisierten Elementes eine oberste Grenze setzt. Diese Wechselwirkung besteht nun aber mindestens zwischen dem Preiselement und denjenigen Konditionenelementen, die das Zahlungsziel oder die Zahlungsweise betreffen. Die Verlängerung des Zahlungszieles z. B. ist im Grunde nur eine Art Preisnachlaß, während umgekehrt eine Preisermäßigung die Härten einer knappen Bemessung des Zahlungszieles mildert. Wo also bloß der Preis, nicht aber das Zahlungsziel kartellmäßig fest-

gelegt ist oder umgekehrt, da liegt regelmäßig ein relatives Preis- bzw. ein relatives Konditionenmonopol vor.

Anders verhält es sich schon mit dem Qualitätsmoment. Wo sich bei bloßer Preismonopolisierung unter der Einwirkung der Konkurrenz die Qualitäten verbessern, oder wo bei bloßer Qualitätsmonopolisierung unter der Einwirkung der Konkurrenz die Preise sinken, da wird die Nachfrage doch jeweils vor eine Situation gestellt, die sie durch Inanspruchnahme der in jedem dieser Fälle gegebenen Konkurrenzvorteile nicht wettzumachen vermag. Denn die Nachfrage wünscht normalerweise eine Auswahl der Qualitäten und eine Auswahl der Preise. Es ist ihr nicht damit geholfen, daß, wenn sie die billigeren Sorten nicht mehr beziehen kann, sie dafür die teuren in besserer Qualität erhält als früher. Ebenso wenig nützt ihr die Preisverbilligung etwas, wenn ihr dafür schlechtere Qualitäten (mögen diese auch zuvor teurer gewesen sein) aufgezwungen werden und das Bedürfnis nach besseren überhaupt nicht mehr, d. h. zu keinem Preise der Welt, befriedigt werden kann. Die Konkurrenzfreiheit auf dem Gebiete der Preise setzt also der Monopolisierung der Qualitäten, die Konkurrenzfreiheit auf dem Gebiete der Qualitäten der Monopolisierung der Preise keine Grenze. Wir können hier also, wofern nur die Monopolisierung dieser Angebotselemente jeweils lückenlos ist, von absoluter Teilmonopolisierung sprechen.

6. Die Ergiebigkeitsgrenzen der Monopolmacht (marktstarke und marktschwache Monopole)

Von dem Tatbestande des relativen Monopols streng zu unterscheiden ist jedoch der Tatbestand des unergiebigen Monopols, der zuweilen auch als der Fall des „schwachen" Monopols bezeichnet wird.

Der Fall des relativen Monopols liegt, wie erwähnt, vor, wenn eine Monopolstellung durch das Konkurrenzprinzip dergestalt begrenzt wird, daß sie jenseits einer bestimmten Grenze nicht mehr existiert.

Von einem „unergiebigen" oder „schwachen" Monopol sprechen wir dagegen dann, wenn ein (absoluter oder relativer) Monopolist aus seiner Monopolstellung keinen oder nur einen geringen Mehrertrag (Monopolrente) herauszuwirtschaften vermag.

Wie jeder beherrschte Gegenstand (Objekte des Eigentums, des Besitzes), jede beherrschte Naturkraft (Objekte der Nutzungsrechte, wie z. B. die Kräfte des pflanzlichen Wachstums, der tierischen Produktivität, mechanischer und chemischer Energiequellen) und jede beherrschte menschliche Kraft (Objekte des Arbeits-, Dienst-, Beamten-, Militärverhältnisses sowie der allgemeinen öffentlich-rechtlich-politischen Hoheitsgewalt des Staates) hat auch die beherrschte Kauf-

kraft der Menschen (bzw. die beherrschte wirtschaftliche Produktiv- und Leistungskraft der Unternehmungen) eine **natürliche Ergiebigkeits- und Nutzungsgrenze.** Das Moment der Ergiebigkeits- und Nutzungsgrenze tritt namentlich bei solchen Objekten menschlicher Herrschaft zutage, deren Bestimmung nicht die ist, verzehrt, d. h. vernichtet, sondern vielmehr die, unter Erhaltung der Substanz genutzt zu werden. Die übermäßige Inanspruchnahme solcher Objekte (— zu denen ja auch die wirtschaftliche Kaufkraft und die wirtschaftliche Produktivkraft zu rechnen ist —) hat hier Substanzverluste, und diese Substanzverluste wiederum haben Verluste an nutzbarer Substanzkraft zur Folge. Das Herrschaftsverhältnis bleibt zwar als solches auch im Falle des Raubbaues bis zu dem Momente der völligen Objektsvernichtung immer gleich vollkommen, dagegen vermindert sich der Wert des Herrschaftsobjektes und damit der Wert des Herrschaftsbesitzes für den Herrschenden. Der Herrschende muß diese Ergiebigkeitsgrenze achten, wenn er es darauf absieht, aus dem beherrschten Objekte dauernd den optimalen Nutzen für sich selbst zu ziehen.

Bei der Kaufkraft verhält es sich nun so, daß sie bei zunehmender Ausbeutung schrumpft, d. h. es nimmt einmal die Zahl derjenigen ab, die noch imstande sind, die geforderten Preise zu zahlen, und es nimmt ferner der Umfang der Nachfrage bei den einzelnen Nachfragenden ab. Monopolistische Preiserhöhungen werfen also immer nur innerhalb einer gewissen Zone Mehrertrag ab, jenseits dieser Zone überwiegt dann die gewinnschmälernde Wirkung des Umsatzrückganges die gewinnsteigernde Wirkung der Preiserhöhung. Bei lebensnotwendigen Gütern und Leistungen wird die optimale Monopolpreisgrenze regelmäßig erheblich oberhalb des Konkurrenzpreisniveaus liegen; bei leicht entbehrlichen Gütern und Leistungen dagegen kann es durchaus vorkommen, daß jeder Versuch, über das Konkurrenzpreisniveau hinauszugehen, zu Verlusten führt. Der optimale Monopolpreis ist in diesem Falle mit dem Konkurrenzpreis identisch; die Ergiebigkeit des monopolistischen Herrschaftsobjektes, der Kaufkraft, also gleich Null.

Während aber die meisten Herrschaftsobjekte in ihrer Ausbeutbarkeit nur von der Substanz- bzw. von der Kraftseite her begrenzt sind, ist der Ausbeutbarkeit der Kaufkraft eine weitere Grenze von der Willensseite der Beherrschten her gezogen. D. h. der Nachfragende ist nicht gezwungen, seine Kaufkraft bis zu ihrer äußersten Leistungsgrenze ausbeuten zu lassen, wie denn überhaupt das Herrschaftsverhältnis zwischen dem Monopolisten und der anderen Marktseite kein Befehlsverhältnis, sondern vielmehr ein rein faktisches Ausbeutungsverhältnis ist. Der Nachfragende hat es vielmehr in weitaus den meisten Fällen in der Hand, den Umfang seiner Kaufkraft durch freie, aktive

Willensentschließung zu verengern, in manchen Fällen sogar bis zur völligen Anullierung. Nehmen wir an, ein Konsument sei gewohnt, im Monat 40 Zigarren zu 0,25 RM. das Stück zu rauchen, und der Betrag von 10 RM. monatlich sei zugleich das Äußerste an Kaufkraft, das dieser Konsument im Hinblick auf sein Einkommen und auf seine sonstigen Bedürfnisse für den Genuß des Zigarrenrauchens einzusetzen habe. Wenn nun ein Zigarrenmonopol die Preise für alle Sorten gleichmäßig erhöht, so daß nunmehr die 0,25-RM.-Sorte 0,33 RM. kostet, so wird der Konsument durch die objektive Begrenztheit seiner Kaufkraft zunächst einmal gezwungen, in Zukunft etwa nur noch 30 Zigarren der alten Qualität oder 40 Zigarren der entsprechend verschlechterten neuen 0,25-RM.-Qualität zu beziehen oder irgendeine Zwischenkombination seiner qualitativen und quantitativen Mindestansprüche im Rahmen seiner Kaufkraft vorzunehmen. Er kann aber dieses monopolistische Attentat auf seine Kaufkraft auch damit beantworten, daß er sich das Zigarrenrauchen künftig versagt oder den dafür bereitgestellten Teil seiner Kaufkraft von 10 RM. auf 5 RM. herabsetzt, wobei es vorerst gleichgültig ist, was er mit dem dadurch für andere Zwecke freigewordenen Teil seiner gesamten Kaufkraft anfängt.

Wir können also sagen, daß die Kaufkraft des Nachfragenden (desgleichen auch die Leistungskraft des Anbietenden) in ihrer Eigenschaft als Ausbeutungs- und Herrschaftsobjekt der Monopolgewalt keine starren objektiven Grenzen hat, sondern daß diese Grenzen von der Seite des Beherrschten her subjektiv verschiebbar sind. Anders ausgedrückt: Die Wehrlosigkeit des Herrschaftsobjektes hat im Falle des spezifisch monopolistischen Herrschaftsverhältnisses auch bei Vorliegen einer absoluten Monopolstellung eine Grenze; jenseits dieser Grenze verfügt der Beherrschte über eine gewisse Bewegungs- und Reaktionsfreiheit, d. h. er ist jenseits dieser Grenze nicht mehr nur Objekt, sondern auch Gegenspieler der Monopolgewalt.

Eine Reaktion allerdings ist, soweit die Monopolmacht reicht, immer ausgeschlossen, nämlich das Ausweichen auf bessere Angebote oder Angebotselemente in bezug auf die gleiche Wirtschaftsleistung. Will sich die Nachfrage der monopolistischen Ausbeutung entziehen, so so muß sie also auf die monopolisierte Wirtschaftsleistung ganz oder teilweise verzichten. Ist ein solcher Verzicht leicht möglich, dann befindet sich der Monopolist nicht in der Lage, seinen Ertrag durch Monopolausbeutung wesentlich zu steigern; seine Monopolstellung ist unergiebig, es liegt ein marktschwaches Monopol vor. Ist aber ein Verzicht nicht möglich, so kann die Monopolausbeutung mit Erfolg bis zu dem Grade getrieben werden, bei dessen Überschreitung nicht der Nachfragewille, sondern die Nachfragekraft zu erlahmen be-

ginnt. Dieser Monopolist verfügt daher über eine marktstarke Monopolstellung.

Marktstärke und Relativität einer Monopolstellung sind also verschiedene Dinge. Es gibt relative Monopole von großer Marktstärke und absolute Monopole von völliger Marktohnmacht. Natürlich vermag die Relativität eines Monopols seine Marktstärke zu schwächen, aber doch nur dann, wenn die Grenze der relativen Monopolmacht unterhalb der optimalen Ergiebigkeitsgrenze liegt.

7. Ursache der Elastizität der Ergiebigkeitsgrenze

Wenn wir soeben festgestellt haben, daß die Grenze der Kaufkraft, die von der Nachfrage auf die einzelnen Wirtschaftsleistungen abgezweigt wird, eine schwankende zu sein pflegt, so läßt sich diese Erscheinung auf zwei Ursachen zurückführen: Nämlich einmal auf die Tatsache, daß die in jedem Zeitpunkt bei jedem Nachfragenden praktisch in Erscheinung tretende Kaufkraft ein willensmäßig zustande gebrachtes Kompromiß aus zwei Elementen ist, und zwar aus dem subjektiven Bedürfnis nach Wirtschaftsgütern und der objektiven Höhe des Einkommens, das zur Befriedigung aller dieser Bedürfnisse zur Verfügung steht. Und zweitens auf die Tatsache, daß jeder Nachfragende unendlich viele Bedürfnisse hat, auf die er sein Ge- Gesamteinkommen (oder einen Teil desselben) verteilt, wobei einmal die Reihenfolge der Bedürfnisdringlichkeit einer willensmäßigen Veränderung zugänglich ist und außerdem sehr viele Bedürfnisse durch andere ersetzbar sind. Anders ausgedrückt: Der Mensch hat es in der Hand, zu bestimmen, ob er sein gesamtes Einkommen oder nur einen Teil auf die Nachfrage nach Wirtschaftsgütern verwenden will, und er kann zweitens das Bukett seiner Wirtschaftsbedürfnisse innerhalb eines gewissen Spielraumes nach eigenem Geschmack zusammenstellen und verändern.

Wenn man sich das Gesamtangebot aller bewirkbaren Wirtschaftsleistungen monopolisiert vorstellt, so weist die Gesamtnachfrage bei jedem Preise eine obere und eine untere objektive Grenze auf. Die oberste, nicht mehr überschreitbare Grenze wird durch die Höhe des Gesamteinkommens bestimmt, das der Nachfrage zur Bedürfnisbefriedigung zur Verfügung steht. Die untere (bei vorhandenem Einkommen), nicht mehr unterschreitbare Grenze dagegen ist durch das Existenzminimum gezogen, d. h. durch die Summe derjenigen Bedürfnisse, die jeder Mensch mindestens befriedigen muß, um physisch existieren zu können. Innerhalb dieser Grenzen hat jedoch jeder Nachfragende die Freiheit, den realen Grad seiner Kaufkraft, der wirtschaftlich positiv in Erscheinung treten soll, im Wege der freiwilligen Selbstbeschränkung selbst zu bestimmen. Von seinem Genußbedürfnis her wird zwar der Mensch zur völligen Widmung seines Einkommens für Konsumbedürfnisse veranlaßt; der Trieb, seine und seiner Nachkommen Existenz auch für die Zukunft

zu sichern, legt es ihm jedoch wiederum nahe, einen Teil seines Einkommens zu sparen, sei es nun, daß er diesen Teil überhaupt aus der Wirtschaft herauszieht und in den Schrank legt, sei es, daß er ihn der produktiven Wirtschaft leihweise als Kapital zur Verfügung stellt. Sobald er aber bei seiner Bedürfnisbefriedigung auf monopolistische Ausbeutungstendenzen stößt, gewinnt ein neues Motiv zur freiwilligen Selbstbeschränkung an Einfluß, nämlich das Motiv, sich gegen diese Ausbeutung zu wehren und die Monopolmacht zu zerstören. Die Stärke dieses Abwehrmotivs bekommen in der Praxis insbesondere solche Monopolgebilde zu fühlen, die ihre Monopolpolitik mit einer anmaßenden und unfreundlichen Behandlung ihrer Abnehmer verbinden; ein solches Verhalten provoziert geradezu einen Streik der Nachfrage und hat gelegentlich zur Folge, daß dieser Streik organisiert wird und sich damit zu einem förmlichen Nachfragemonopol verdichtet.

Viel wirksamer als die Monopolabwehr durch Bedürfniseinschränkung ist jedoch die Monopolabwehr durch Bedürfnisverlagerung. Denn in der Wirklichkeit ist ja nicht das Gesamtangebot aller Wirtschaftsleistungen, sondern vielmehr jeweils nur das Angebot einzelner, isolierter Wirtschaftsleistungen monopolisiert. Die Bedürfnisverlagerung erfolgt daher entweder dadurch, daß der Nachfragende den Bedarf nach der monopolisierten Leistung, der bisher in der Dringlichkeitsskala der Gesamtbedürfnisse, sagen wir einmal, die zehnte Stelle eingenommen hat, an die zwanzigste Stelle rückt, oder aber dadurch, daß er das betreffende Bedürfnis überhaupt nicht mehr befriedigt, sondern den bisher dafür vorgesehenen Teil seines Gesamteinkommens für die Befriedigung eines anderen Bedürfnisses verwendet. Dieses andere Bedürfnis kann dabei mit dem preisgegebenen Bedürfnisse verwandt sein, braucht es aber nicht. Ist es verwandt (z. B. bei dem Übergang von Butter auf Margarine, von Eisen auf Kupfer, vom Streichholz auf Benzinfeuerzeuge, von Tapeten auf Wandanstrich usw.), so sprechen wir vom Übergang auf Surrogatleistungen und bezeichnen dabei das Angebot von Surrogatleistungen als Surrogatkonkurrenz. In vielen Fällen liegt aber eine Verwandtschaft in diesem Sinne nicht vor, sondern der Nachfragende beantwortet z. B. eine Erhöhung der Eisenbahntarife dadurch, daß er seine Sommerreise aufgibt und stattdessen seine Bibliothek ergänzt oder einen Schrebergarten anlegt oder während seines Urlaubs häufig das Theater besucht usw.

8. Die Fernwirkungen der Ausbeutung starker und der Überspannung schwacher Monopolmacht

a) Bei Ausbeutung starker Monopolmacht

Aus diesen Zusammenhängen nun aber erhellt folgendes: Eine Monopolstellung ist um so stärker, je dringlicher die monopoli-

sierte Leistung für den Bedarf ist, je näher die nachgefragte Bedarfsmenge an der Grenze des Existenzminimums liegt und je unersetzbarer die monopolisierte Leistung durch verwandte Surrogatleistungen ist.

Es erhellt aber ferner, daß die Ausbeutung einer starken Monopolstellung nicht nur auf Kosten der Kaufkraft der Nachfrageseite, sondern zugleich immer auch auf Kosten anderer Teile der produktiven Wirtschaft geht. Der Nachfragende ist in diesem Falle zwar nicht in der Lage, seinen Bedarf nach der monopolisierten Leistung einzuschränken, sondern sieht sich vielmehr gezwungen, einen immer größeren Teil seiner Gesamtkaufkraft auf die Befriedigung speziell dieses Bedürfnisses abzuzweigen. Diese „Abkommandierung" von Kaufkraft kann aber nur dadurch erfolgen, daß der Nachfragende entweder seinen Bedarf nach anderen, weniger dringlichen Leistungen oder aber seine Spartätigkeit einschränkt. Der marktstarke Monopolist verschlechtert also nicht nur den Lebensstandard der Nachfrageseite, sondern er setzt zugleich produktive Kräfte außer Brot, die andernfalls (d. h. im Falle absolut freier Konkurrenzwirtschaft) lohnende Beschäftigung gefunden haben würden, und bewirkt dadurch also auch noch einen Einkommensrückgang bei der Nachfrageseite. Die Verbindung des privaten Gewinnstrebens mit dem Besitze einer marktstarken Monopolstellung erzeugt also genau den umgekehrten volkswirtschaftlichen Effekt wie die Verbindung des Gewinnstrebens mit dem Konkurrenzprinzip, nämlich eine Hemmung und Versandung des Wirtschaftslebens. Der marktstarke monopolistische Unternehmer ist, wenn er seinen eigenen Vorteil zur alleinigen Richtschnur nimmt, an der Betätigung eines der Gesamtwirtschaft schädlichen Marktverhaltens unmittelbar interessiert.

Der Einwand, daß dieser Schaden dadurch ausgeglichen werde, daß der Monopolist seine Monopolgewinne, sei es als Käufer anderer Güter, sei es als Produzent (im Wege der Kapitalinvestierung, d. h. also im Wege des Sparens) der Wirtschaft wieder zuführe, ist unzutreffend. Und zwar aus drei Gründen:

Erstens ist nicht gesagt, daß der Monopolgewinn gerade in Form erhöhter Gelderträge in Erscheinung treten müsse. Denn das wirtschaftliche Gewinnstreben ist nicht notwendig auf Erzielung von höherem Einkommen, sondern vielmehr ganz allgemein auf eine Verbesserung der sozialen Lebensbedingungen überhaupt gerichtet. Die sozialen Lebensbedingungen können aber nicht nur dadurch verbessert werden, daß man bei gleichem Energieaufwand höhere Gewinne erzielt, sondern auch dadurch, daß man bei gleichbleibenden Gewinnen seinen Energieaufwand vermindert. Die Trägheit ist zwar eine

passive, aber darum trotzdem eine mächtige menschliche Leidenschaft und insbesondere Adam Smith hat sie als einen beachtlichen Faktor möglicher Wirtschaftshemmung in Rechnung gestellt. Die Entartung des Zunftmonopolismus im ausgehenden Mittelalter und zu Beginn der Neuzeit ist ja denn auch nicht darin zum Ausdruck gekommen, daß die Angehörigen der verzunfteten Gewerbe übermäßig Reichtümer angehäuft hätten, als vielmehr darin, daß sie bei auskömmlichen Preisen miserable Qualitäten lieferten und als Produzenten einem asozialen beruflichen Schlendrian verfielen.

Aber nehmen wir einmal an, daß der Monopolist den Weg vorzieht, bei gleichbleibendem Energieaufwand seine Gewinne zu steigern. An dieser Gewinnsteigerung profitieren dann zunächst die Eigentümer des investierten Monopolkapitals, es profitieren aber auch die in den Monopolbetrieben beschäftigten Angestellten und Arbeiter, sei es nun, daß eine größere Anzahl Beschäftigung findet, als es bei freier Konkurrenz der Fall sein würde, sei es, daß bessere Gehälter und Löhne gezahlt werden. Aktionäre, Direktoren, Agenten, Angestellte und Arbeiter des monopolisierten Zweiges[1]) haben ein besseres Einkommen und diese Einkommensverbesserung wird sich zweifellos auf den Konsum dieser Personen auswirken. Daß von diesem Mehrkonsum einer bestimmten Gruppe derjenige Teil des Handels und des Gewerbes, dem sich der Konsum zuwendet, Vorteile hat, läßt sich nicht bestreiten und soll auch nicht bestritten werden. Die Frage aber, um die es hier geht, lautet nicht dahin, ob irgendwelche Teile der Wirtschaft von der marktstarken Monopolisierung irgend eines Gewerbezweiges Nutzen haben, sondern vielmehr dahin, ob im Gesamtergebnis die Nutzenwirkungen oder aber die Schadenswirkungen überwiegen, d. h. ob in der Gesamtbilanz einer Volkswirtschaft unter der Einwirkung von Teilmonopolisierungen ein Überschuß oder ein Verlust entsteht.

Stellen wir die Frage in dieser Form, so ist zunächst zu sagen, daß jeder privatwirtschaftliche Gewinn, der nicht aus einer Mehrung des Sozialproduktes abgezweigt, d. h. der nicht durch echte wirtschaftliche Bewährung erzielt wird, volkswirtschaftlich gesehen, ein bloßer **Scheingewinn**, ein bloßer **Verrechnungsgewinn** ist. Der durch monopolistische Kaufkraftausbeutung dem Markte abgepreßte Mehrgewinn des Monopolisten erscheint nämlich in der Buchhaltung der übrigen Wirtschaft in voller Höhe, in genau dem gleichen Betrage als Verlust. Es ist kein volkswirtschaftlicher Mehrwert geschaffen worden, sondern der Monopolist hat sich an dem zur

[1]) Diese Gruppen bilden in ihrer Gesamtheit den „Monopolisten", sobald dieser Begriff nicht in seiner aktiven Bedeutung (Monopolist = Leiter der monopolistischen Marktpolitik), sondern im passiven Sinne (Monopolist = Nutznießer der monopolistischen Marktpolitik) gebraucht wird.

Verfügung stehenden Gesamtertrag der Volkswirtschaft durch nakte Gewalt auf Kosten desjenigen Teiles der Wirtschaft, durch dessen echte Bemühungen er zustande gebracht worden ist, eine höhere Quote gesichert, als ihm billigerweise zusteht. Das Geld, das von den Monopolbeteiligten unter die Leute gebracht wird, würde also auch bei freier Konkurrenz unter die Leute gebracht worden sein, nur mit dem Unterschiede, daß es von Angehörigen anderer, und zwar besser berechtigter Gewerbezweige ausgegeben worden und daher vermutlich auch anderen Anbietern zugute gekommen wäre.

Aber damit noch nicht genug. Dadurch, daß der marktstarke Monopolist, ohne selbst etwas zu leisten, denjenigen, die etwas geleistet haben, oder etwas leisten könnten, einen Teil ihres wohlverdienten Leistungsgewinnes wegnimmt, *verkürzt er den natürlichen Ertrag des lebendigen, schaffenden Teiles der Wirtschaft zugunsten eines künstlichen Ertrages des toten, sterilen Teiles*, der nicht von der Marktbelebung, sondern von der Marktberaubung lebt[1]). Die Verkümmerung des Lebens zugunsten der Beharrung aber ist *Raubbau*; sie *erfolgt notwendig auf Kosten der Substanz*. D. h. der marktstark monopolisierte Gewerbezweig verdient zwar mehr, als er verdienen würde, wenn er nicht monopolisiert wäre, aber der *Gesamtertrag der Volkswirtschaft würde* größer sein, wenn schlechthin freie Konkurrenz bestünde. Es würde also nicht der gleiche Gewinn an anderer Stelle der Wirtschaft erzielt und verausgabt werden, *sondern ein größerer Gewinn*, es würde nicht gleich viel, sondern *mehr* Geld unter die Leute kommen, wenn man den freien Unternehmer gegen die anmaßende Besteuerung durch den Monopolisten zu schützen verstünde. Soweit der private Monopolist als Monopolist handelt, kann er volkswirtschaftlich nur als „*tote Hand*“ aufgefaßt werden. Alle Aussagen, die in bezug auf die Abzweigung von Kapital auf die tote Hand gelten, gelten daher auch in bezug auf die Erzielung von Monopolgewinnen.

Drittens aber und endlich erfolgt *auch die Spartätigkeit* (die Kapitalinvestititon) in einer von privaten Monopolen durchsetzten Wirtschaft in einer anderen Richtung als sie im Zustande freier Konkurrenz erfolgen würde. Der Monopolist, der ja durch sein eigenes Marktverhalten die Rentabilität der freien Gewerbezweige und derjenigen Gewerbezweige, denen nur eine marktschwache Monopolstellung zugänglich ist, *verschlechtert*, wird schon aus diesem Grunde geneigt sein, seine *erübrigten Kapitalien stets*

---

[1]) Diese Ausführungen beziehen sich natürlich nur auf denjenigen Teil des Gesamtgewinnes eines Monopolisten, der auf die *Marktausbeutung* zurückzuführen ist, d. h. auf den eigentlichen Monopolgewinn, nicht aber auf denjenigen Teil der durch echte Leistung verdient ist, d. h. der von dem monopolisierten Gewerbezweige auch dann verdient worden wäre, wenn er nicht monopolisiert gewesen wäre.

wiederum in marktstark monopolisierten Wirtschaftszweigen anzulegen. Dadurch bewirkt er aber eine Überexpansion und Überkapitalisierung dieser Wirtschaftszweige, deren Folgen zwar auch für ihn selbst nachteilig sind (wenn auch vielleicht erst nach Jahren), die aber zugleich den Wirtschaftsaufbau in unproportionierter Weise fehlleitet. Wenn dieser Prozeß eine Zeitlang angedauert hat, so ist zweierlei möglich. Entweder das Monopol schleppt seinen übersetzten Produktionsapparat bei minimalen Gewinnen hartnäckig durch die wechselnden Konjunkturperioden weiter, — dann bezahlt die Nachfrage mit ihren hohen Preisen einen unrationellen Wirtschaftsapparat, d. h. der Nutzen der Monopolausbeutung kommt in diesem Falle mehr den Arbeitern und Angestellten als den Unternehmern und Kapitalgebern der monopolisierten Wirtschaftszweige zugute. (Das gleiche ist der Fall, wenn das Durchschleppen zu Verlustpreisen geschieht, aber vom Staate im Wege der Subventionierung auf Kosten der Steuerzahler ermöglicht wird[1]).

Oder aber das Monopol wird von den an ihm beteiligten Unternehmern bzw. von entstehenden Außenseitern gesprengt mit der Folge,

[1]) Überhaupt darf man bei der Betrachtung der Monopolfrage nicht den Fehler machen, seine Kritik einseitig auf die Unternehmer und auf das „Monopolkapital" zu konzentrieren. Der „Monopolist" im Sinne unserer Ausführungen ist vielmehr ein Gebilde, das die Gesamtheit aller Interessenten an der Monopolnutzung umfaßt; es gibt Beispiele dafür, daß eine ausbeuterische und wirtschaftsschädigende unternehmerische Monopolpolitik von den Arbeitern und Angestellten der betreffenden Betriebe nicht nur unterstützt, sondern geradezu initiativ und ausdrücklich angeregt worden ist. Den Unternehmern und den Arbeitern ist überhaupt in ihrer Eigenschaft als Produktivparteien unverkennbar eine gewisse gefühlsmäßige Frontstellung gegen den Konsumenten gemeinsam; eine Tatsache, die allerdings vor der Ausbreitung des Sozialismus stärker zum Ausdruck gekommen ist, als später und heute, die aber in der jüngsten Zeit infolge der revisionistischen Abschwächung des sozialistischen Dogmas wieder etwas stärker zum Ausdruck kommt. Ein sehr instruktives Beispiel wird von Dobretsberger in seinem Buche: „Freie oder gebundene Wirtschaft?" (München und Leipzig 1932) auf S. 2 Anm. 2 mitgeteilt, nämlich eine Petition englischer Kohlenarbeiter an die Grubenbesitzer aus dem Jahre 1844, in der die Grubenbesitzer davor gewarnt werden, „in die Bahn eines verderblichen Wettbewerbs (zu) geraten", der zu Preis- und Lohnreduktionen führen müsse. Der Wettbewerb wird sodann als ein „Verfahren" bezeichnet, „das beiden Parteien gleich gefährlich sein muß, während das Publikum als Konsument den Vorteil erntet, ohne sich beim gefahrvollen Unternehmen der Produktion eines notwendigen Artikels die Finger beschmutzt zu haben."

Der Auffassung, die hier zutage tritt, stellt sich der Konsument sozusagen als der „Schuft" dar, „der die geistreich ersonnenen, mühsam und sorgfältig zustande gebrachten Ergebnisse des Gewerbefleißes kurzerhand verzehrt" (eine meines Wissens nicht veröffentlichte Formulierung von Alexander Rüstow). Immerhin spricht sich in der Petition auch wieder die klare, von Karl Marx später vernachlässigte Erkenntnis aus, daß im System der Konkurrenzwirtschaft der „Mehrwert" letzten Endes auch nicht beim Unternehmer verbleibt, sondern vielmehr schließlich an den Konsumenten als an den letzten und eigentlichen Nutznießer dieses Wirtschaftssystems weitergeleitet wird.

daß unter der Einwirkung der nunmehr einsetzenden Konkurrenz der übersetzte Wirtschaftszweig bereinigt wird und sich früher oder später die normalen Marktverhältnisse wieder einspielen. In diesem Falle erweist sich zwar das Monopol nur als ein Zwischenaktsumweg von der Konkurrenz zur Konkurrenz, und die Anhänger des privatunternehmerischen Monopolismus pflegen denn auch zuweilen die Anhänger der Wirtschaftsfreiheit mit dem Satze zu trösten, daß, wer zuletzt lache, am besten lache, — ein Trost, der zugleich die stillschweigende Aufforderung enthält, den privaten Monopolisten wenigstens eine Zeitlang lachen zu lassen. Es sei daher mit allem Nachdruck betont, daß dieser Umweg nicht nur ein unnötiger, sondern auch ein kostspieliger und verderblicher Umweg ist, von dem alle Beteiligten (die durch die Monopolperiode geschwächte Nachfrage und geschädigten Wirtschaftszweige, denen Kaufkraft entzogen worden ist, wie die durch den Monopolzusammenbruch ruinierten, fehlentwickelten Kartellunternehmungen) in der Schlußbilanz nur oder doch überwiegend Schaden haben.

b) Bei Überspannung schwacher Monopolmacht

Ebenfalls ein schädlicher Umweg zur Wiederherstellung der Konkurrenz kommt aber auch durch die übermäßige Ausbeutung **schwacher** Monopolstellungen zustande. Hier schadet sich zwar der Monopolist von Anbeginn an selbst, während die Nachfrage nur zu einer Bedürfnisverlagerung, nicht aber zu einer Bedürfniseinschränkung gezwungen wird und diejenigen Gewerbezweige, auf die die Nachfrage ausweicht, sogar einen erheblichen Nutzen von dieser Monopolpolitik haben. Aber auch dieser Nutzen ist ein vorübergehender und wird durch unverdiente Schadenswirkungen abgelöst, sobald das Monopol infolge seines unverständigen Verhaltens zusammenbricht und nunmehr die Nachfrage in das alte Bett zurückflutet. Hier hat also das Monopol zu einer Scheinblüte anderer Wirtschaftszweige geführt und Kapitalien in diese zu künstlicher Prosperität getriebenen Zweige gelockt, die verloren sind und abgeschrieben werden müssen, sobald der normale Verlauf der Dinge wieder in Kraft tritt.

Man wende nicht ein, daß solche Fälle des selbstschädigenden Monopolmißbrauches Ausnahmeerscheinungen seien, weil doch auch der monopolistische Unternehmer von seinem Ertragsstreben nur zu einem solchen Marktverhalten veranlaßt werde, das ihm selbst Nutzen bringe, d. h. insbesondere zu einer gewissenhaften Berücksichtigung der Ergiebigkeitsgrenzen seiner Monopolmacht. Dieser Einwand ist deshalb unzutreffend, weil im Monopolzustande die Grenzen des Möglichen und Nützlichen nicht, wie im Konkurrenzzustande, von vornherein sichtbar sind, und vor allem nicht, wie in der Konkurrenz, durch sorgfältige Beobachtung der Marktlage und des Verhaltens der Konkurrenten mit einiger Zuver-

lässigkeit ermittelt werden können. Sie lassen sich vielmehr *nur auf experimentellem Wege* feststellen, und auch dieser Weg führt häufig zunächst zu *Fehlschlüssen*, weil die Folgen fehlerhaften Monopolverhaltens nicht wie die Folgen fehlerhaften Konkurrenzverhaltens *unverzüglich* und auch nicht mit der *gleichen mitleidlosen Schärfe* eintreten, sondern sich erst nach einiger Zeit bemerkbar machen. Der *Mechanismus der Sanktionen* funktioniert im Monopolzustande nur noch träge und unpräzis; infolgedessen schwächt sich auch die psychologische Wirksamkeit dieses Mechanismus auf das Tun und Lassen der monopolisierten Unternehmer ab, d. h. er führt nicht mehr zu *sofortigen Korrekturen*, sondern zu *verschleppten Katastrophen*. Wenn der Unternehmer dann nach einiger Zeit zu Schaden kommt, so will er den Kausalzusammenhang zwischen dem eigenen Fehler und der Schadensfolge nicht mehr wahr haben, sondern sucht die Ursache seines Mißerfolges anderswo (z. B. in heimlichen Disziplinwidrigkeiten von Kartellmitgliedern, in feindseligen Machinationen der Abnehmerseite, in hohen Löhnen und Steuern, in der Preispolitik vorgelagerter Monopolgebilde usw.). Es ist auch in der Tat häufig ganz unmöglich, den Kausalzusammenhang zwischen monopolistischem Tun und Monopolwirkung mit Sicherheit festzustellen, weil die Wirkungen monopolistischen Verhaltens zuweilen weite Umwege durch ganz entfernte Teile der Wirtschaft nehmen, bevor sie zum Monopolisten in Form von Schaden zurückkehren. In der Konkurrenz dagegen weiß jeder, dessen Absatz zurückgeht, daß die Kunden zu irgendwelchen Rivalen abgewandert sind, daß sie das deshalb getan haben, weil diese Rivalen bessere Leistungen bieten, und daß daher diese Folge nur dadurch rückgängig gemacht werden kann, daß der in den Hintergrund gedrängte Unternehmer den Leistungsvorsprung seiner Rivalen wieder einholt.

Die Vernebelung der Wirtschaftsatmosphäre, die in jedem Monopolfalle eintritt, veranlaßt nun aber den Monopolisten erfahrungsgemäß zu einer hochgradigen optimistischen *Überschätzung der Monopolmöglichkeiten*. Und zwar wird der Fehler einer selbstschädigenden Überspannung der Monopolmacht gerade von den marktschwächsten Monopolgebilden mit der größten Zuverlässigkeit begangen. Es ist deshalb ein Irrtum, die Gefahr des Monopolismus nur darin zu sehen, daß das ökonomische Selbstinteresse des Monopolisten nicht mehr im Einklang steht mit dem Interesse der Gesamtwirtschaft. Denn diese Gefahr tritt in ihrem ganzen Ernste und in ihrer ganzen Bedeutung nur bei den *marktstarken Monopolen* in Erscheinung. Für die Gesamtwirtschaft ist aber jene andere Gefahr von nicht geringerem Gewichte, die dadurch entsteht, daß der Besitz von marktschwacher Monopolmacht, ja sogar der bloß eingebildete Besitz von Monopolmacht die *Intelligenz des privaten Ertragsstrebens verblendet* und ihren Inhaber

dazu verlockt, *gegen sein eigenes Interesse zu wüten*. M. E. wird diese *Gefahr der schwachen Kartelle* noch viel zu wenig beachtet. Das zeigen insbesondere die Entschließungen des 35. Deutschen Juristentages zu Salzburg, der einerseits *eine möglichste Verstärkung der privatrechtlichen Existenz- und Aktionsbasis für die private Kartellierung* forderte (größere Freiheit des Organisationszwanges und Monopolkampfes gegen Außenseiter, Beschränkung des Kündigungsrechtes der Mitglieder), andererseits aber den Satz aufstellte, *der Staat solle sich auf die Beaufsichtigung starker und wirtschaftlich bedeutsamer Monopolgebilde beschränken*. Das heißt, das System der freien Konkurrenz soll der Vergewaltigung durch private Monopolisierungstendenzen in noch stärkerem Grade ausgeliefert werden als bisher und die Monopolaufsicht soll gleichzeitig die nunmehr ins Kraut schießende Monopolwirtschaft ihrem eigenen Schicksal überlassen, soweit es sich nicht gerade um die paar prominenten Monopolorganisationen handelt, die in der breiten Öffentlichkeit von sich reden machen.

9. Der Monopolbegriff im Rechtsleben

Wenn wir nach diesen Betrachtungen zu der Frage zurückkehren, in welcher Weise der Monopolbegriff am zweckmäßigsten und am zutreffendsten für den Rechtsgebrauch zu definieren sei, so können wir diese Frage nunmehr dahin beantworten, daß *schlechthin jeder, auch der schwächste willensmäßige Einfluß eines (isolierten oder kollektiv organisierten) Anbieters (oder Nachfragenden) auf die Marktgestaltung den Monopoltatbestand erfüllt*. Denn unser gesamtes öffentliches Gewerberecht (soweit es nicht Sonderregelungen für bestimmte monopolistisch getönte Wirtschaftstatbestände vorsieht, wie z. B. das kollektive Arbeitsrecht, das Recht der Zwangskartelle usw.), desgleichen unser gesamtes bürgerliches Vermögensrecht und das Handelsrecht *setzen als Hypothese den Mechanismus der vollkommen freien Verkehrs- und Wettbewerbswirtschaft voraus*, d. h. alle Normen, alle allgemeinen und besonderen Grundsätze, alle wichtigeren Institutionen dieses Rechts haben nur unter der Voraussetzung einen vernünftigen Sinn, sind nur unter der Voraussetzung wirtschaftspolitisch tragbar und im rechtspolitischen Sinne gerecht, *daß sich die Interessen der wirtschaftenden Rechtssubjekte nach Maßgabe des einheitlichen anonymen Konkurrenzverfahrens aufeinander einspielen*. Dies gilt vor allem für die beiden zentralen Rechtsgrundsätze unserer Wirtschaftsordnung, nämlich für den *Grundsatz, daß die freie Wirtschaft vom Staate sich selbst zu überlassen sei* (d. h. daß der Staat sich jeder direkten oder indirekten wirtschaftspolitischen Lenkung und Leitung

des Wirtschaftsprozesses im Wege befehlsmäßiger Anordnungen enthalte), und für den schon oben erwähnten weiteren Grundsatz, daß das frei wirtschaftende Individuum von jeder Verantwortung für die Wirkungen seines Marktverhaltens auf das wirtschaftliche Schicksal anderer Individuen und auf den Verlauf der Gesamtwirtschaft freigestellt ist. Denn nur solange alle Marktbeteiligten in bezug auf die Marktgestaltung machtlos sind, harmoniert das gewinnorientierte Privatinteresse der einzelnen mit dem Interesse der Gesamtheit, so daß also nur unter dieser Voraussetzung die Ordnung des Wirtschaftsprozesses dem System des freien Einspielens von unten nach oben überantwortet werden kann. Und nur solange der Markt durch einen anonymen Kooperationsprozeß von Machtlosen gestaltet wird, läßt sich der Satz vertreten, daß diese Marktgestaltung in ihren Folgen für die Einzelschicksale wie für die gesamte Wirtschaftsentwicklung als Schicksal, als höhere Gewalt hinzunehmen und demgemäß von niemandem rechtlich zu verantworten sei. Sobald dagegen einzelne oder Gruppen auf den Prozeß der Marktgestaltung einen willensmäßig bestimmenden Einfluß auszuüben in der Lage sind — und sei dieser Einfluß noch so schwach —, so entfällt erstens die Übereinstimmung zwischen Privatinteresse und Gemeininteresse (aber auch die subjektive Erkennbarkeit des dem Privatinteresse Zuträglichen), so daß man eine derart privatherrschaftlich gelenkte Wirtschaft nicht mehr sich selbst überlassen darf, und es entfällt zweitens der anonyme Schicksalscharakter der Marktgestaltung, so daß es nicht mehr angängig ist, demjenigen, der diese Marktgestaltung nach seinem Gutdünken beeinflußt und damit sozusagen das Schicksal korrigiert, von der Verantwortung für die Folgen grundsätzlich freizustellen.

Das Recht sieht sich also dem Monopolproblem gegenüber vor eine Doppelaufgabe gestellt, nämlich erstens vor die Aufgabe, das Konkurrenzprinzip gegen das Monopolprinzip zu verteidigen (Monopolabwehr) und zweitens vor die Aufgabe, da, wo diese Verteidigung nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist, die private Monopolmacht zur Rücksichtnahme auf das Interesse der Gesamtwirtschaft zu zwingen und sie mit der Verantwortung für die Wirkungen ihres Marktverhaltens auf die von ihnen abhängigen Wirtschaftsschicksale zu belasten (Monopolordnung).

Es wäre ein verhängnisvoller Irrtum, anzunehmen, daß die gesamte Last dieser Doppelaufgabe einseitig dem Gesetzgeber aufgebürdet werden müsse. Wieviel auch immer in dieser Beziehung de lege ferenda noch zu tun übrig bleiben mag, die für den Augenblick wichtigere und dringendere Frage ist

aber in jeder Hinsicht die Frage der bestmöglichen Bewältigung des Monopolproblems de lege lata, d. h. die Frage der richtigen Anwendung des geltenden Rechtes auf aktuelle Monopoltatbestände, die Entwicklung zureichender und gerechter Rechtsgrundsätze aus dem Sinne und aus dem System der positiven Rechtsverfassung unseres wirtschaftlichen Lebens. Überall da, wo Monopoltendenzen unter Inanspruchnahme rechtlicher Freiheiten und formaler Rechtsbehelfe und Rechtsfiguren die Konkurrenztendenzen zu verdrängen suchen und umgekehrt, muß der Richter auch heute schon zu der Frage des Konkurrenzschutzes und der Monopolabwehr Stellung nehmen und seine Entscheidung treffen. Und überall, wo ein Monopolgebilde in das Marktschicksal der seinem Einfluß ausgesetzten Wirtschaftssubjekte eingreift, sieht sich der Richter schon heute vor die Notwendigkeit gestellt, die Frage der verschärften Verantwortlichkeit der Inhaber privater Marktmacht zu prüfen, — man denke nur an das viel erörterte Problem des Kontrahierungszwanges[1]).

Für die rechtswissenschaftliche Durchdringung dieser Probleme aber kommt es, wie erwähnt, nicht auf den stärkeren oder geringeren Grad der Marktmacht an. Denn der den Juristen interessierende Tatbestand des Monopolproblems ist einzig der Tatbestand der Störung der Konkurrenzordnung. Dieser Tatbestand, diese Störung ist aber in dem Augenblick gegeben, in dem sich schon der minimalste einseitige Markteinfluß von Wirtschaftssubjekten bemerkbar macht.

Eine andere Frage ist natürlich die, an welche Gradstärke von Markteinfluß jeweils die gerade in Betracht kommenden konkreten Rechtsfolgen geknüpft werden sollen. Man denke z. B. an die Rechtsfolge des Einschreitens der staatlichen Kartellaufsicht mit den Maßnahmen der §§ 4 oder 10 der KartVO., an die Rechtsfolgen der Publizitätspflicht (siehe z. B. die Erörterungen des Enquete-Ausschusses über die Frage eines Kartellregisters) oder an die Rechtsfolge des Kontrahierungszwanges. In all diesen Fällen tritt die Rechtsfolge erst ein, wenn ein bestimmter Grad des monopolistischen Markteinflusses erreicht ist, und dieser Grad ist

---

[1]) Das Problem des Kontrahierungszwanges für private Monopole ist zum erstenmal systematisch erörtert worden von Nipperdey (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920). Neuerdings ist die Frage wieder durch einen Aufsatz von Wimpfheimer in Fluß gebracht worden (Kontrahierungszwang für Monopole, Kart.-Rdsch. 1929, S. 1 ff.); s. ferner R. Isay, Kontrahierungszwang für Monopole?, Kart.-Rdsch. 1929, S. 372; Wimpfheimer, Zur Frage des Kontrahierungszwanges, ebenda 1929, S. 511; Wunderlich, Kartellgericht und Kontrahierungszwang, ebenda 1930, S. 806 ff.; Herzog, Kontrahierungszwang bei Monopolen im Rechte des Ungreifbaren, ebenda 1932, S. 521; Mohs, Der unbedingte Kontrahierungszwang im Zivilrecht, ebenda 1932, S. 660.

zudem in allen drei Fällen verschieden. So setzen die §§ 4 und 10 der KartVO. eine Gradstärke von Monopolmacht voraus, die es ihren Inhabern gestattet, den Machtmißbrauch bis zur Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zu treiben. Die Publizitätspflicht dagegen wird zweckmäßig an sehr geringe Einflußgrade anknüpfen. Beim Kontrahierungszwang endlich wird ein Unterschied gemacht werden müssen, ob es sich um das gefährdete Wirtschaftsschicksal von Konsumenten oder von gewerblichen Abnehmern handelt. Den Konsumenten schützt die Judikatur zur Zeit grundsätzlich erst dann, wenn seine Bedarfsdeckung auf dem Gebiete lebenswichtigster Konsumgüter gefährdet wird, d. h. es wird ein außerordentlich starker Grad von Marktmacht vorausgesetzt. Im übrigen überläßt man es dem Konsumenten, sich gegen untragbare Monopolbedingungen durch Bedarfsverlagerung selbst zu helfen. Gewerbliche Abnehmer dagegen ist man — mit Recht — stärker zu schützen geneigt. Es scheint sich hier allmählich der Rechtssatz herauszubilden, daß ein Monopolist nicht ohne wirtschaftlichen Grund (z. B. Rücksicht auf Zahlungsfähigkeit und wirtschaftliche Solidität des Abnehmers) Abnehmer gleicher wirtschaftlicher Funktion (Großhändler, Einzelhändler, Verarbeiter) unterschiedlich behandeln dürfe. Vorausgesetzt wird also lediglich ein solcher Grad von Marktmacht, der es dem Abnehmer unmöglich macht, durch Ausweichen auf Außenseiter oder Surrogatprodukte die nachteiligen Folgen abzuwenden, die für ihn dadurch entstehen, daß er durch die unbegründete Benachteiligung seinen Mitbewerbern gegenüber ohne Schuld ins Hintertreffen gerät.

Es ist zuzugeben, daß die Formulierung der jeweils erforderlichen Gradstärke durch den Gesetzgeber oder durch die Rechtsauslegung Schwierigkeiten bereitet, und daß es noch schwieriger ist, bei der Bemessung dieser Gradstärke materiell das richtige Maß zu treffen. Aber diese Schwierigkeiten (die ja auch der Anwendung der Begriffe der „guten Sitten", von „Treu und Glauben", des „Vorsatzes", der „Fahrlässigkeit", der „Arglist" usw. im Wege stehen), behindern die Definition des Monopolbegriffes selbst nicht, weil dieser Begriff alle denkbaren Grade von Marktstärke mitumfaßt.

Wenn wir nach diesen Ausführungen nunmehr den Versuch unternehmen wollen, den Monopolbegriff für den juristischen Gebrauch hinreichend exakt zu definieren, so werden wir etwa zu der Formulierung kommen können, daß diejenigen im Besitze einer Monopolstellung sind, die

> in der Lage sind, bei einer von dem wettbewerblichen Grenzniveau zum Nachteil der anderen Marktseite abweichenden Gestaltung des Angebots (oder der Nachfrage) die andere Marktseite am Ausweichen auf bessere An-

gebote (oder auf kaufkräftigere Nachfrage) zu verhindern.

10. Abschließende Anmerkungen zur Monopoldefinition.

Es wäre vielleicht angebracht, die Untersuchung über den Inhalt des Monopolbegriffes mit dieser Definition abzuschließen und die noch übrigbleibenden Zweifelsfragen zum Gegenstand einer besonderen selbständigen Arbeit zu machen, zumal der Tatbestand des Monopol*kampfes*, mit dem wir uns hier in erster Linie auseinanderzusetzen haben, ja gar nicht voraussetzt, daß eine Monopolstellung vorhanden ist, sondern nur, daß eine Monopolstellung angestrebt wird.

Zwei Erwägungen sind es jedoch, die es geraten erscheinen lassen, der Definition noch einige Erläuterungen folgen zu lassen. Zunächst einmal die Erwägung, daß sich bei der Durchführung von Monopolkampfmaßnahmen fast immer ein oder mehrere *Monopolgebilde beteiligen* und zwar auch dann, wenn derjenige, in dessen Monopolisierungsinteresse der Kampf geführt wird, selbst noch gar keinen Markteinfluß besitzt. Und zweitens die Erwägung, *daß die wirtschaftliche und rechtspolitische Stellungnahme zu der Erscheinung des Monopolkampfes naturgemäß beeinflußt wird durch die wirtschaftliche und rechtspolitische Einstellung zum Ziele dieses Kampfes, d. h. zum Ziele der privaten Monopolisierung von Teilmärkten.* Selbst wenn man nämlich den Nachweis erbringt — was in den folgenden Ausführungen versucht werden soll —, daß die rechtliche Billigung des Monopolkampfes de lege lata nur im Wege einer *Verfälschung des geltenden wirtschaftlichen Kampfrechtes* und der ihm zugrunde liegenden Ordnungsgedanken erfolgen konnte und kann, so werden doch die Verfechter dieser Rechtsauslegung geltend machen, daß die Verfälschung notwendig sei, um einer nicht nur unwiderstehlichen, sondern auch notwendigen und fortschrittlichen Entwicklung des Wirtschaftslebens[1]) den Weg ins Recht zu ebnen, ihr ein legales Ventil zu öffnen, bevor sie die überalterte und starr gewordene Wirtschaftsverfassung gewaltsam durchbreche.

Es ist also notwendig, die Frage aufs gründlichste zu erörtern, was es mit dieser „Fortschrittlichkeit" der privaten Monopolisierungstendenzen auf sich hat, ob wir uns in der Tat einem Entwicklungsprozesse gegenübersehen, den wir mit einigem Rechte als den Übergang zu einer höheren und vollkommeneren Stufe der Organisation des Wirtschaftslebens ansprechen dürfen. Bisher haben es nämlich die Vertreter dieser Auffassung durchweg unterlassen, ihren Glauben

[1]) So z. B. *Nipperdey* in seinem Referat vor dem 35. Deutschen Juristentag, s. „Die Reform des Kartellrechts", zwei Referate, Berlin 1929, S. 47.

durch eine nähere Befassung mit den konkreten Tatbeständen zu belegen, sondern es vorgezogen, Vorgänge, die sich dem nüchternen Blicke als ein prinzipien- und ideenloser Versumpfungsprozeß darstellen, einen mehr dichterisch geschauten als real nachweisbaren Sinn zu unterschieben. Die Gedankenfolge ist dabei etwa die: 1. Die Wettbewerbsordnung ist in Wirklichkeit keine Ordnung, sondern Unordnung und Anarchie. 2. Deshalb muß das Prinzip der Wettbewerbswirtschaft durch das Prinzip der Planwirtschaft ersetzt werden. 3. Jede Planwirtschaft setzt eine monopolistische Verfassung und Beherrschung der Märkte voraus. 4. Die private Monopolisierung verwirklicht diese Voraussetzung und bringt zugleich eine planmäßige Bewirtschaftung der monopolistisch beeinflußten Teilmärkte mit sich, so daß lediglich die Organisation eines Überbaues (Staatsaufsicht) zu leisten bleibt, deren Aufgabe es ist, jene Teilplanungen miteinander in Einklang zu bringen. 5. Infolgedessen muß das Recht den privaten Monopolisierungstendenzen ausreichende Möglichkeiten zu ihrer Verwirklichung und ihrer Verteidigung gegen das Konkurrenzprinzip zur Verfügung stellen. 6. Eines der wichtigsten, geeignetsten und notwendigsten Angriffs- und Verteidigungsmittel im Dienste der privaten Monopolisierung aber ist der Monopolkampf.

Man kann diese Gedankenfolge nur als eine unbegreifliche Anhäufung von Unrichtigkeiten bezeichnen. Zutreffend ist nämlich von alledem nur, daß jede Planwirtschaft eine Monopolisierung der Märkte voraussetzt und daß da, wo das Konkurrenzprinzip als Ordnungsprinzip der Wirtschaft tatsächlich versagt (also insbesondere da, wo sich selbst bei schärfster Monopolfeindschaft des Staates und des Rechtes Monopolisierungen durchsetzen), kein anderer mit dem Rechtsgedanken verträglicher Ausweg übrigbleibt, als der Versuch einer Planwirtschaft. Alles andere aber ist falsch. Falsch ist die Behauptung, daß die Wettbewerbsordnung Anarchie (im Sinne von chaotischer Unordnung) oder auch nur eine schlecht funktionierende Ordnung sei, falsch ist die Auffassung, daß sich die private Monopolisierung zur Vorstufe und zum Übergangszustand zu einer verständigen Planwirtschaft eigne, und falsch ist endlich die Vorstellung, daß man den Strom der privaten Monopolisierung speziell dadurch in eine gesunde und wirtschaftsfortschrittliche Bahn leiten könne, daß man ihm ausgerechnet das Mittel des Monopolkampfes zur Verfügung stelle. Selbst wenn man der — m. E. fehlerhaften — Auffassung sein sollte, daß es die Aufgabe unserer Zeit sei, die Konkurrenzwirtschaft auch da, wo sie noch im Sinne ihrer eigenen Gesetzmäßigkeiten arbeitet, mit möglichster Beschleunigung in eine Planwirtschaft überzuleiten, selbst dann ist der Schluß mindestens übereilt, daß man zu diesem Behufe die *private* Monopolisierung begünstigen und zwar durch Zulassung des Monopolkampfes begünstigen müsse. Es wird vielmehr darzulegen sein, daß es in Wahrheit keine geeignetere Methode gibt, den Gedanken der Plan-

wirtschaft zu ruinieren und seine Verwirklichung unmöglich zu machen, als das Gewährenlassen oder gar die positive Förderung der privaten Monopolisierung.

Es erscheint daher angebracht, im folgenden noch einige Zweifelsfragen zu erörtern, zu denen unsere Formulierung des Monopolbegriffes Anlaß geben könnte. Und zwar sollen folgende Fragen zur Sprache gebracht werden:

a) Was ist unter „Verhinderung des Ausweichens“ zu verstehen?
b) Wie kann man feststellen, ob das Angebot oder die Nachfrage zum Nachteil der anderen Marktseite von dem wettbewerblichen Grenzniveau abweicht?
c) Liegt ein Monopol auch dann vor, wenn der Anbieter oder der Nachfragende zwar nicht die andere Marktseite im ganzen, wohl aber einige Mitglieder derselben am Ausweichen verhindern kann?
d) Wie ist der Fall monopolrechtlich zu beurteilen, wenn der Anbieter oder der Nachfragende zwar in der Lage sind, in ihrem Marktverhalten vom wettbewerblichen Grenzniveau zum Nachteil der anderen Marktseite abzuweichen, von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch machen, sondern das Grenzniveau entweder einhalten oder es gar — zum Vorteil der anderen Marktseite — übertreffen?

Zu a). **Die Verhinderung des Ausweichens.** Der Verhinderungstatbestand kann in doppelter Weise verwirklicht werden: Einmal dadurch, daß die Angehörigen der anderen Marktseite durch Zwang, Einschüchterung oder Schadenszufügung daran verhindert werden, auf tatsächlich bereitgestellte bessere Angebote oder Nachfragebedingungen einzugehen. Ein typisches Beispiel für diese Verhinderungstaktik ist das sogenannte „Treurabattsystem“[1]). Oder aber dadurch, daß die Angehörigen der eigenen Marktseite durch Zwang, Einschüchterung, Schadenszufügung, Versprechungen, Gewährung von Vorteilen oder auf Grund rechtsgeschäftlicher Abmachungen daran verhindert werden, mit besseren Angebots- oder Nachfragebedingungen auf dem Markte zu erscheinen, obwohl sie leistungsmäßig dazu in der Lage sein würden.

---

[1]) Die Treurabatt-Taktik ist nur da anwendbar, wo die vorhandenen besseren Anbieter nicht in der Lage sind, die gesamte Nachfrage zu befriedigen, sondern z. B. nur Kleinaufträge hereinnehmen können, sodaß also die Nachfrage gezwungen ist, den Rest ihres Bedarfes (die Großaufträge) bei dem Monopolisten zu decken. Die Taktik selbst besteht dann darin, daß der Monopolist denjenigen Nachfragenden, die ihre Kleinaufträge auch an Außenseiter erteilen, einen Preisaufschlag berechnet, der im Gesamtergebnis die Kaufkraft dieser Nachfragenden stärker belastet, als sie durch die Inanspruchnahme der billigeren Außenseiterleistungen erleichtert wird. Diese Situation besteht z. B. vielfach im Textilveredelungsgewerbe (Appretur, Färberei usw.).

Zu b). **Feststellung der nachteiligen Abweichung vom Grenzniveau.** Wir haben uns oben mit jener resignierenden Auffassung auseinandergesetzt, die glaubt, daß es unmöglich ist, den Monopolbegriff zu definieren, und sind zu dem Ergebnis gekommen, daß diese Auffassung unzutreffend, d. h. daß der Monopolbegriff durchaus definierbar ist. Wohl aber droht der Versuch, das Monopolproblem rechtlich zu bewältigen, an anderen Schwierigkeiten zu scheitern, die jedoch nicht theoretischer, sondern vielmehr praktischer Natur sind. Und zwar sind es vor allem zwei Schwierigkeitskomplexe, mit denen wir uns zu befassen und auseinanderzusetzen haben. Nämlich erstens die Schwierigkeit, den Monopoltatbestand im konkreten Einzelfall zu beweisen, und zweitens die Schwierigkeit, erkannte und festgestellte Mißbräuche der Monopolgewalt mit Mitteln des Rechts abzustellen und für die Zukunft wirksam zu verhindern. Welche objektiven und zuverlässigen Anhaltspunkte haben wir, um das Vorliegen eines Monopols erkennen zu können und welche Möglichkeiten stehen uns zur Verfügung, um die private Herrschaft über den Markt unter die Herrschaft des Rechtsgedankens zu beugen?

Mit der zweiten Frage werden wir uns an anderer Stelle zu beschäftigen haben. Auf die erste soll jedoch hier mit einigen Worten eingegangen werden.

Um zu erkennen, ob ein Monopolist bei der Gestaltung seines Angebots oder seiner Nachfrage von dem wettbewerblichen Grenzniveau abgewichen ist, müssen wir wissen, wie dieses wettbewerbliche Grenzniveau aussieht. Aber gerade dies wissen wir im Monopolfalle — zunächst wenigstens — nicht, und zwar wissen wir es deshalb nicht, weil infolge des Vorhandenseins und der Marktbetätigung eines Monopolisten der Konkurrenzmechanismus — wenigstens innerhalb gewisser Grenzen — ausgeschaltet ist und infolgedessen ein wettbewerbliches Grenzniveau auf diesem Markte gar nicht zustande kommt und nicht zustande kommen kann. Der Monopolist ursurpiert, wie wir gesehen haben, den Posten des Grenzbetriebes und richtet sein Verhalten als Grenzanbieter nach seinem freien Willen ein, während der normale Grenzanbieter in der freien Konkurrenzwirtschaft das Gesetz seines Handelns von einer außerpersönlichen Macht empfängt. D. h., das freie Spiel der Kräfte erzeugt auf anonymem Wege den materiellen Inhalt des Grenzangebotes bzw. der Grenznachfrage mit der Wirkung, daß derjenige Unternehmer Grenzanbieter und derjenige Abnehmer Grenznachfragender ist, die ihre Leistungskraft gerade noch instandsetzt, dem Angebot bzw. der Nachfrage gerade diesen materiellen Inhalt zu geben. Sobald also die monopolistische Ursurpation stattfindet, fehlt uns die Möglichkeit, das Marktverhalten des Usurpators mit dem vom freien Spiel der Kräfte zum Grenzverhalten prokla-

mierten Marktverhalten zu vergleichen, weil eben ein solches freies Spiel der Kräfte nicht mehr stattfindet. Der Befehl des freien und daher schicksalhaften Marktprozesses bleibt unausgesprochen, sobald der Monopolist das Kommando an sich reißt.

Angesichts dieses unumstößlichen Sachverhaltes bleibt also für denjenigen, der das Vorliegen eines Monopoltatbestandes objektiv ermitteln will, nichts anderes übrig, als unter gewissenhafter Verwertung ökonomischer Erfahrungstatsachen und exakter Anwendung wirtschaftswissenschaftlicher Denkmethoden den Versuch zu machen, das Marktbild der freien Konkurrenzwirtschaft zu rekonstruieren. Für die praktische Feststellung von Monopoltatbeständen hängt also alles davon ab, ob eine solche Rekonstruktion in hinreichender Zuverlässigkeit möglich ist oder nicht.

Diese Möglichkeit aber ist vorhanden. Sie ist vor allem namentlich da vorhanden, wo es sich nicht um die Preispolitik eines den Markt total beherrschenden monopolistischen Einzelunternehmers handelt. In diesem Falle ergeben sich freilich Schwierigkeiten. Sie werden am Schlusse des Abschnittes zu erörtern sein.

In allen anderen Fällen aber bieten sich für die Feststellung Anhaltspunkte, die es erleichtern, das Marktbild der freien Konkurrenzwirtschaft zu rekonstruieren.

Wenn es sich z. B. um die Gestaltung sogenannter Geschäftsbedingungen handelt, so haben wir einen ziemlich zuverlässigen Anhaltspunkt für die Feststellung der Normalbedingungen in den dispositiven Gesetzesbestimmungen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts sowie in den Handelsbräuchen, die sich in freien Wirtschaftszweigen herausgebildet haben. Wo nämlich beide Marktseiten frei sind, da wird sich keine von ihnen eine Verschiebung in der Verteilung der Lasten und Rechte (z. B. in der Frage der Verschuldenshaftung, der Verzugsfolgen, der Mängelrügen, des Gefahrüberganges, des Erfüllungsortes, des Gerichtsstandes, der Schiedsklausel und der Zusammensetzung von Schiedsgerichten) zu ihren Ungunsten gefallen lassen. Enthalten Geschäftsbedingungen eines marktbedeutsamen Unternehmens oder eines Kartells solche einseitigen Verschiebungen, so spricht daher die Erfahrung des Lebens für die Annahme, daß hier eine monopolistische Grenzabweichung vorliegt.

Desgleichen spricht die Erfahrung des Lebens dafür, daß bei freiem Markte kreditwürdige Abnehmer gleicher wirtschaftlicher Funktion (Konsumenten, Einzelhändler, Großhändler, Verarbeiter usw.) bei Abnahme gleicher Mengen auch zu den gleichen Preisen und Bedingungen bedient werden. Sobald daher bei Vorhandensein eines marktbedeutsamen Anbieters oder eines Kartells ein Zustand eintritt, bei dem einzelne Abnehmer gleicher Funktion und gleicher Zahlungsfähigkeit über-

haupt nicht oder aber nur zu ungünstigeren Preisen und Bedingungen beliefert werden, ist eine monopolistische Grenzabweichung zu vermuten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn in der Differenzierung eine wirtschafts- oder sozialpolitische Tendenz zum Ausdruck kommt, also wenn z. B. bestimmte Unternehmungsformen oder Unternehmungstypen benachteiligt werden wie etwa Konsumvereine, Einkaufsgenossenschaften, kombinierte Handelsunternehmungen (Verbindung von Detail- mit Großhandel), die bei freier Konkurrenz der Anbieter mit größter Wahrscheinlichkeit Lieferanten finden und im Genusse gleicher Preise und Konditionen wie die anderen Unternehmungstypen sein würden. Werden vollends einzelne Abnehmer deshalb schlechter gestellt, weil sie sich weigern, irgendwelche ihnen zugemuteten Marktbindungen einzugehen, also etwa einem Händlerkartell beizutreten oder eine Treu- oder Exklusivverpflichtung zu übernehmen, so kann an dem Monopolcharakter der betreffenden Differenzierung überhaupt kein Zweifel mehr bestehen.

In allen Fällen, in denen der mögliche Markteinfluß nicht in der Hand eines Einzelunternehmers, sondern in der Hand einer *Unternehmergruppe* zu vermuten ist, deren Mitglieder untereinander eine einheitliche Preisstellung vereinbart haben, spricht die Erfahrung des Lebens dafür, daß unter diesen gebundenen Unternehmern mindestens einige sind, die in der Lage wären, die vereinbarten Preise bei Wahrung gesunder Kalkulationsgrundsätze zu unterbieten, und daß diese Unternehmer diese Möglichkeit im Falle freier Konkurrenz auch wahrnehmen würden. Es besteht also auch hier zunächst einmal die Vermutung einer monopolistischen Grenzabweichung und es ist daher im konkreten Streitfall Sache des Kartells, den Nachweis zu erbringen, daß seine Preise nicht höher sind als es das Preisniveau bei freier Konkurrenz sein würde. Es müßte also etwa dartun, daß die Rücksicht auf die Preise für Surrogatprodukte oder die Wirksamkeit eines Abnehmermonopols oder gewisse kartellmäßig durchgeführten Rationalisierungsmaßnahmen zu einer dem freien Markte angenäherten Preispolitik geführt haben. Im Falle *kartellmäßiger* Preisfestsetzung macht also nicht die Feststellung der Grenzabweichung, sondern vielmehr nur die Feststellung ihres Ausmaßes Schwierigkeiten. Wir können aber diesen Punkt hier übergehen, weil die Frage, ob eine monopolistische Preisfestsetzung volkswirtschaftlich vertretbar ist oder nicht, in Zivilrechtsstreitigkeiten kaum jemals Gegenstand richterlicher Entscheidung sein dürfte. Die Methoden, die dem Sachverständigen oder die der staatlichen Kartellaufsicht zur Klärung dieser Frage zur Verfügung stehen, interessieren hier nicht.

Noch offensichtlicher liegt der Tatbestand der Grenzabweichung natürlich dann zutage, wenn ein monopolistischer Einzelunternehmer oder ein Kartell *mit seinen Außenseitern im Monopolkampfe liegt.* Denn wenn der Monopolist die Grenzen des

freien Marktniveaus innehielte, so würden die Außenseiter keine Möglichkeit zur Unterbietung und der Monopolist infolgedessen keinen Anlaß zu ihrer gewaltsamen Bekämpfung haben.

Es bleibt also noch jener eine Fall zu erörtern, der da gegeben ist, wo das Monopol sozusagen auf natürlichem Wege aus der Konkurrenz hervorgegangen ist, d. h. wo einer der Konkurrenten einen solchen Vorsprung an echter Leistungskraft erzielt hat, daß er schließlich als einziger übriggeblieben ist. Wie kann man nun feststellen, ob und wann ein solcher Monopolist während der ferneren Epoche seiner Alleinherrschaft vom Grenzniveau abweicht? Die Tatsache, daß keine neuen Außenseiter aufkommen, beweist für sich allein noch nicht, daß der Monopolist seine Marktbescheidenheit beibehalten hat, denn es könnten der Außenseiterbildung irgendwelche besonderen Umstände im Wege stehen, so etwa die Größe der erforderlichen Kapitalinvestition oder die Furcht, daß sich der Monopolist auf seine alte Überlegenheit zurückbesinne und jeden Außenseiter durch plötzliche Abkehr von seiner Monopolpolitik und Rückkehr zur Konkurrenz ruinieren werde. Jedenfalls ist zuzugeben, daß hier eine exakte Feststellung schwierig ist. Wo nur ein einziges Unternehmen vorhanden ist, läßt sich eben schwer sagen, welchen Verlauf die Wirtschaft bei freier Konkurrenz genommen haben würde. Trotzdem gibt es auch hier Anhaltspunkte. So vor allem, wenn der Monopolist eine Preispolitik betätigt, die der allgemeinen Konjunkturbewegung zuwiderläuft[1]).

Es leuchtet ein, daß der Hinweis auf die Schwierigkeiten, die dieser Grenzfall bietet, kein Argument ist, das man gegen die Notwendigkeit, des Monopolproblems rechtlich Herr zu werden, ins Treffen führen könnte. Selbst dann nicht, wenn dieser Grenzfall in der Praxis typische Bedeutung erlangen könnte. In Wirklichkeit ist dieser Grenzfall aber nicht nur äußerst selten, sondern es ist auch ausgeschlossen, daß er jemals häufiger vorkommen könnte. Im praktischen Wirtschaftsleben läßt sich eine Monopolstellung nicht durch Wettbewerbsvorsprung allein erzielen. Es verhält sich vielmehr so, daß jeder Unternehmer und jede Unternehmergruppe, die vom Konkurrenzverhalten zum Monopolverhalten überzugehen trachten, in diesem Augenblicke Maßnahmen zum künstlichen Schutze der Monopolisierung gegen die Konkurrenz treffen müssen. Alle diese Maßnahmen weisen aber ein sehr charakteristisches, typisches und auffallendes Gepräge auf, auch wenn sie im Einzelfalle dem technischen Waffenarsenal der Konkurrenzwirtschaft entnommen sein sollten. Es ist z. B. kaum vorstellbar, daß sich ein Richter im konkreten Falle darüber im Zweifel befinden könnte, ob es

[1]) D. h. wenn er etwa ohne nachweisbaren Grund bei gleichbleibender Konjunktur seine Preise erhöht oder sie bei ansteigender Konjunktur über das in der freien Wirtschaft zu beobachtende Maß erhöht oder wenn er sie bei absteigender Konjunktur nicht ermäßigt.

sich bei einer Preisunterbietung um einen Akt der Konkurrenz oder aber um einen Akt des Monopolkampfes handelt. Ein Monopolist tritt eben auf dem Markte anders auf und muß anders auftreten wie ein Konkurrent. Und wenn auch private Monopolgebilde ihre Schutz- und Angriffsmethoden in Zukunft noch sehr viel mehr verfeinern sollten, so steht doch nicht zu erwarten, daß es ihnen jemals gelingen könnte, sie unsichtbar zu machen.

Zu c). Jeder Gewerbetreibende, auch der machtloseste Konkurrent, tritt zuweilen mit Abnehmern in Beziehung, die aus irgendeinem Grunde in irgendeinem bestimmten Augenblicke gerade auf ihn und seine Leistungen angewiesen sind. Wenn es der Unternehmer in solchen Fällen also darauf anlegt, so kann er mit diesen Abnehmern in diesem Augenblicke so verfahren, wie es der Monopolist mit dem Markte zu tun pflegt, d. h. er kann ihm hohe Preise und ungünstige Bedingungen diktieren. Wird er nun aber durch dieses Verhalten zu einem Monopolisten oder sind seine Preise und Bedingungen als monopolistisch zu bezeichnen? Und wie ist der Fall zu beurteilen, der vorliegt, wenn ein Gewerbetreibender ganz systematisch die persönlichen Verhältnisse seiner Abnehmer durchforscht, jede etwa festgestellte Zwangs- und Notlage zu seinem Vorteil ausbeutet und auch vielleicht noch das Seinige dazu beiträgt, um solche Zwangs- und Notlagen zu verschärfen oder herbeizuführen?

Dem Juristen ist dieser Tatbestand nicht fremd; er pflegt ihn als „W u c h e r" zu bezeichnen. Die hier interessierende Frage aber ist die, ob sich die Tatbestände des Wuchers und der Monopolausbeutung decken oder überschneiden oder ob sie sich von einander unterscheiden und durch welche Merkmale sie sich gegebenenfalls unterscheiden.

Wir werden diese Frage dahin zu beantworten haben, daß in der Regel beide Tatbestände scharf voneinander abgegrenzt sind und zwar dergestalt, daß entweder eine wucherische oder aber eine monopolistische Kaufkraftausbeutung vorliegt, und daß beide Ausbeutungsarten im Zweifel nicht zusammentreffen. Auch die zum System erhobene Bewucherung von Abnehmern erzeugt im Zweifel nicht den Tatbestand des Monopols und umgekehrt muß die Ausbeutung einer typischen monopolistischen Marktherrschaft schon einen unwahrscheinlichen Grad erreichen, ehe der einzelne Abnehmer in die Lage kommt, sich zu seinem Schutze mit einigem Rechte auf die Bestimmungen des § 138 Abs. 2 BGB. oder §§ 302 a—e RStGB. zu berufen.

Nun ist allerdings beiden Tatbeständen gemeinsam, daß es sich um Akte der Kaufkraftausbeutung (bzw. der Leistungskraftausbeutung) handelt und daß zum Behufe dieser Ausbeutung eine Notlage des Ausgebeuteten ausgenützt wird. Während es aber beim Wucher gleichgültig ist, worin die Notlage des Ausgebeuteten besteht, erfordert der Tatbestand des Monopols eine g a n z b e s t i m m t g e a r t e t e N o t l a g e, nämlich eine N o t l a g e d e s g e s a m t e n

Marktes. D. h. die wucherische Ausbeutung kann in der Weise bewerkstelligt werden und wird regelmäßig in der Weise bewerkstelligt, daß der Auszubeutende am Hebel seiner individuell-persönlichen Verhältnisse vom Markte abgekapselt wird, so daß er keinen Zugang mehr zu den allgemeinen Preisen und Bedingungen des freien Marktes hat, während eine monopolistische Ausbeutung dann vorliegt, wenn der Markt als solcher den einseitigen Bedingungen des Ausbeutenden unterworfen wird, so daß sich also der einzelne nicht kraft seiner individuell-persönlichen Verhältnisse, sondern kraft seiner Eigenschaft als Angehöriger der betreffenden Marktseite der Willkür des Ausbeutenden ausgeliefert sieht. Während also der Tatbestand des Wuchers nicht voraussetzt, daß sich auch andere als der jeweils betroffene Ausgebeutete in der gleichen Notlage befinden, so wird andererseits der Tatbestand der Monopolausbeutung nicht dadurch ausgeräumt, daß sich einzelne vermöge ihrer individuell-persönlichen Verhältnisse der allgemein bestehenden Notlage zu entziehen wissen.

Nun ist natürlich denkbar, daß sich die Ausbeutung einer monopolistischen Machtstellung zu einem solchen Grade steigert, daß das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wucherische Ausmaße annimmt. In diesem Falle liegt dann allerdings gleichzeitig Monopolausbeutung und Wucher vor. In der Praxis aber kann dieser Fall kaum eintreten, weil die Rücksicht auf Außenseiter, auf innere Kartellspannungen und nicht zuletzt auf die privatwirtschaftliche Ergiebigkeitsgrenze der Monopolmacht dem Monopolisten eine Steigerung der monopolistischen Marktausbeutung bis zur Wuchergrenze verbietet. Aber auch wenn dieser Fall einmal gegeben sein sollte, so stellt der Wuchertatbestand nicht etwa einen Spezialtatbestand der Monopolausbeutung dar mit der Wirkung, daß nur noch die Wucherbestimmungen, nicht aber die den Monopolfall betreffenden Normen anwendbar wären. Vielmehr handelt es sich nach wie vor um zwei durchaus selbständige Tatbestände, die in diesem Ausnahmefall gleichzeitig erfüllt sind, mit der Folge, daß der Betroffene den Schutz sowohl der Wucherbestimmungen wie der an die Monopolausbeutung anknüpfenden Rechtsgrundsätze in Anspruch nehmen kann. Dabei ist das Verhältnis zwischen den beiden Normenkreisen derart, daß der einzelne gegen die monopolistische Ausbeutung in stärkerem Grade geschützt ist, als es bei der wucherischen Ausbeutung der Fall ist. Das gilt insbesondere für den Fall unbilliger Geschäftsbedingungen und für den Fall der ungleichen Behandlung (Diskrimination). Diese Fälle gewinnen erst dann wucherischen Charakter, wenn der Wert der Leistungen zum Wert der Gegenleistung in einem „auffälligen Mißverhältnisse“ (§ 138, Abs. 2 BGB.) steht, während der

Monopolist verpflichtet ist, bei der Festsetzung seiner Geschäftsbedingungen nicht nur das eigene Interesse zu Rate zu ziehen, sondern von sich aus auch das berechtigte Interesse des Marktpartners zu berücksichtigen und bei der Behandlung der einzelnen Abnehmer im Zweifel den Grundsatz der Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit zu befolgen[1]). Nur in bezug auf die monopolistische Preisstellung fordert die Rechtsprechung einen Grad von Unverhältnismäßigkeit, der demjenigen, der beim Wucher vorliegen muß, praktisch ziemlich nahekommt[2]).

Diese Verschärfung der Rechtsfolgen im Falle der monopolistischen Ausbeutung hat aber ihren Grund darin, daß im Monopolfalle eben nicht der individuelle einzelne, sondern vielmehr die Gesamtheit geschützt wird. Das geschützte Rechtsgut ist also gar nicht die Kaufkraft des einzelnen, sondern das Interesse des gesamten Rechtsverkehrs an dem Genusse der Wohltaten der freien Konkurrenz oder — vielleicht besser ausgedrückt — das Interesse des gesamten Rechtsverkehrs an dem Bestehen einer wirtschaftlich produktiven und gerechten Marktverfassung. Jede Klage eines Betroffenen, die sich auf den Gesichtspunkt der Monopolausbeutung stützt, hat daher ihrer Natur nach den Charakter einer Popularklage, denn nur so läßt es sich verstehen und rechtfertigen, daß das Recht das Individuum gegen den Monopolisten stärker schützt als gegen den Wucherer. Der monopolistisch Ausgebeutete darf sich zugleich auf die Notlage aller derjenigen berufen, die außer ihm durch das Verhalten des Monopolisten zu Schaden kommen. Ja, man kann sagen, daß nicht allein und nicht einmal in erster Linie das Interesse der ausgebeuteten Marktseite im Vordergrunde des Schutzgedankens steht, sondern auch, und vielleicht in erster Linie, das Interesse derjenigen, denen durch die übermäßige Kaufkraftinanspruchnahme seitens eines bestimmten monopolisierten Wirtschaftszweiges Kaufkraft entzogen wird, d. h. also, das Interesse anderer Produktions- und Handelszweige, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die mittelbar betroffenen Gruppen die monopolistische Ursache ihrer Existenzschmälerung kennen oder nicht.

Eine gewisse Annäherung des äußeren Tatbestandes der Monopolausbeutung an den äußeren Wuchertatbestand kann nun allerdings da eintreten, wo nicht für den anonymen Markt, sondern für jeweils individuell bestimmte Abnehmer oder Auftraggeber produziert wird, wo jede Einzelleistung spezialisiert und individualisiert ist mit der Maßgabe, daß sie nur an einen bestimmten Abnehmer abgesetzt werden kann und unverwertbar bleibt, wenn dieser Abnehmer die Abnahme verweigert. Dies ist z. B. im Baugewerbe vielfach der Fall. Hier

[1]) Siehe z. B. RGZ. 99, S. 107 ff.
[2]) Siehe JW. 1913, S. 734; 1919, S. 431.

sind also sowohl der Abnehmer wie die Anbieter in der Lage, die persönlichen Verhältnisse des Gegenparts zu studieren und aus augenblicklichen Notlagen, aus der augenblicklichen — persönlich bedingten — Dringlichkeit der Nachfrage oder des Angebots ihren Nutzen zu ziehen bzw. eine solche Notlage durch gewandte Arrangements und raffinierte taktische Schachzüge herbeizuführen. Anders ausgedrückt: In diesen Fällen vollzieht sich auch die Monopolisierung mittels einer ähnlich individuell getönten Technik, wie wir sie beim Wucher beobachten können. So, wenn eine öffentliche Körperschaft (z. B. eine Stadtgemeinde oder die Reichsbahn oder die Heeresverwaltung) große Aufträge (z. B. den Bau eines Krankenhauses, die Herstellung einer Eisenbahnbrücke oder die Lieferung von Uniformtuch) im Wege der Ausschreibung vergibt und dabei den Auftragshunger besonders gefährdeter Anbieter gegen die soliden Firmen ausspielt, oder wenn sich die Anbieter zu einem sogenannten Verdingungskartell zusammenschließen und ihrerseits die besondere Zwangslage des Ausschreibenden in jedem Einzelfall systematisch ausbeuten[1]). Die Besonderheit dieser Fälle besteht darin, daß hier eine einmalige, konkret bestimmte Einzelleistung zugleich den Gegenstand des gesamten Marktverkehrs bildet und daß ferner mindestens die eine Marktseite (der Abnehmer), zuweilen aber auch die andere (der von dem Verdingungskartell vorgeschobene und durch sogenannte „Schutzofferten" geschützte Anbieter) durch ein einzelnes, konkretes Rechtssubjekt repräsentiert wird. Es findet also sozusagen eine Personalunion der Eigenschaften „Einzelabnehmer" (bzw. „Einzelanbieter") und „Marktpartei" statt, mit der Folge, daß das betroffene Rechtssubjekt in seiner Eigenschaft als Einzelabnehmer oder als Einzelanbieter durch die Wucherbestimmungen und zugleich in seiner Eigenschaft als Marktpartei durch die Monopolrechtsgrundsätze geschützt ist. Nimmt der Verletzte den Schutz der Monopolgrundsätze in Anspruch, so nähert sich seine Prozeßstellung derjenigen einer kraft eigenen Rechtes unmittelbar aktiv und passiv legitimierten Prozeßpartei, während sie im Normalfalle, wie wir gesehen haben, mehr den Charakter einer Popularklageberechtigung hat.

Eine noch anders geartete Kombination wucherischer und monopolistischer Tatbestandselemente kann endlich in solchen Fällen eintreten, in denen auf der passiven Marktseite bei allem oder bei nahezu allen Beteiligten ganz allgemein eine zusätzliche typische Notlage gegeben ist, die auch dann besteht, wenn die aktive Marktseite nicht monopolistisch organisiert ist, sondern sich im Zustande der freien Konkurrenz befindet. Dies ist z. B. der Fall auf dem Arbeitsmarkte, wo die Verhältnisse in der Regel so liegen, daß der fast immer vermögenslose Anbieter unselbständiger Arbeitsleistungen

[1]) Siehe Böhm, Ausschreibungs- und Verdingungskartelle, Kart.-Rdsch. 1931, S. 311 ff., insbesondere S. 313.

weniger leicht und weniger lange warten kann als der im Besitze der Produktionsmittel und Arbeitsstätten befindliche Abnehmer von Arbeitsleistungen, der Unternehmer[1]). Diese typische, einseitige Notlage auf der Angebotsseite ermöglicht der Nachfrage schon im Zustande der Konkurrenz eine gewisse Ausbeutungspolitik, weil der Unternehmer sehr viel leichter Arbeiter findet, die bereit sind, zu schlechten Löhnen zu arbeiten, als umgekehrt der Arbeiter auf Unternehmer auszuweichen vermag, die höhere Löhne zahlen als ihre Konkurrenten. Diese Ausbeutungschance hat insofern mehr wucherischen Charakter, als die Notlage nicht in der Natur der Marktfunktion (des Angebotscharakters der arbeitnehmerischen Marktstellung), sondern vielmehr in einem durchaus besonderen und zusätzlichen Momente, nämlich in der Eigentumsverfassung begründet ist. D. h. das Angebot von Arbeit ist nicht deshalb der Nachfrage unterlegen, weil es Angebot ist (— als solches ist es im Zustande beiderseitiger Konkurrenz wie jedes andere Angebot im Genusse einer durchaus gerechten Gleichgewichtsposition —), sondern deshalb, weil die soziale Position eines Eigentümers[2]) im Verhältnis

---

[1]) Siehe Böhm, Kartelle und Koalitionsfreiheit, Berlin 1933, S. 23/24.

[2]) Die Institution des Privateigentums modifiziert aber ausschließlich das Marktgeschehen auf dem Arbeitsmarkte, nicht aber das Marktgeschehen auf den anderen Märkten. Insbesondere ist die Institution des Privateigentums nicht conditio sine qua non für die Institution der Konkurrenz. Man könnte sich vielmehr eine Konkurrenzwirtschaft auch bei sozialisiertem Eigentum an den Produktionsmitteln vorstellen, und zwar derart, daß die Sozialbeamten, denen die unternehmerische Leitung der sozialisierten Betriebe überantwortet wird, bei größter Bewegungsfreiheit miteinander in Konkurrenz treten und ihren Erfolg unter Beobachtung einer exakten Kostenrechnung in Form von Überschüssen, d. h. durch den Nachweis privatwirtschaftlicher Rentabilität dartun müssen. Denn auch in einer sozialisierten Wirtschaft bedarf die Regierungszentrale eines exakten Anhaltspunktes dafür, ob ihre Anordnungen (nicht nur allgemein, sondern auch im Detail) nützlich oder schädlich sind. Es hat den Anschein, als ob sich in Rußland bereits eine solche Kombination zwischen den Prinzipien der Eigentumssozialisierung und der Konkurrenz der sozialisierten Einzelbetriebe anzubahnen beginnt.

Es ist daher ein Irrtum, wenn man annimmt, die Vergesellschaftung des Eigentums bedeute für sich allein irgendeinen Wirtschaftsfortschritt. Die Vergesellschaftung bewirkt vielmehr nur einen Eigentumswechsel, ohne daß der neue Eigentümer, die Gesellschaft oder der Staat, damit zugleich in den Besitz der Fähigkeit gelangte, dieses Eigentum zum Segen der Gesamtheit zu verwalten. Die privaten Eigentümer stehen doch wenigstens unter dem Druck der Konkurrenzsanktionen; sie müssen die Arbeitskräfte und Kapitalien in der Richtung des Wirtschaftsbedürfnisses und des Wirtschaftsfortschrittes einsetzen, wenn sie dem Schicksal der Existenzvernichtung entgehen wollen. Die Größe ihres Gewinnes zeigt ihnen jeweils an, ob sie auf dem richtigen Wege sind; Gewinnrückgang und Verluste erzwingen die Umkehr von falscher Bahn. Der Sozialismus muß dieses Sanktionenprinzip durch das Prinzip einer militärischen Befehlsverfassung ersetzen. Woher aber wissen die oberste Heeresleitung der Wirtschaft, die Armee- und die Unterführer, insbesondere aber jene Kompagnieführer der untersten Wirtschaftseinheiten, der Einzelunternehmungen, was sie befehlen sollen? Solange nicht die Kostenrechnung und

zu derjenigen eines Eigentumslosen unverhältnismäßig stark gesichert ist. (Wo diese Sicherung dagegen auf der Angebotsseite gegeben ist

---

die Konkurrenz zwischen den Betrieben nach dem Muster der freien Verkehrswirtschaft eingeführt werden, bleibt nur das Befehlen nach *Theorien* übrig. Das führt aber notwendig dazu, daß sich die klassenlose Gesellschaft in *wirtschaftstheoretische Glaubensgruppen und Sekten* aufspaltet, eine Entwicklung, deren Gefahren nur auf zweierlei Wegen begegnet werden kann. Nämlich entweder dadurch, daß sich die gerade herrschende Lehrmeinung in den Besitz der ausschließlichen Diktaturgewalt setzt und alle gegenteiligen Programme unterdrückt, oder aber dadurch, daß nach dem parlamentarischen Mehrheitsprinzip jeweils die dominierende Gruppe oder Koalition ans Ruder kommt. Jedenfalls ist hier der Erfolg (d. h. die Mehrwertserzeugung) des Systems notwendig auf wenige Augen gestellt und die dogmatische Rechthaberei von Schulmeinungen wird zum Organisationsprinzip des Wirtschaftslebens. Solange eine Wirtschaft erst *aufzubauen* ist (wobei kapitalistische Vorbilder nachgeahmt werden können) oder solange ein *Genie* die Leitung inne hat oder solange der *Glaube* an dieses System in den Menschen noch lebendig ist, solange kann die ungeheure Gefahr einer monumentalen Wirtschaftsfehlleitung der Allgemeinheit noch verborgen bleiben. Sobald aber die verwickelteren Probleme eines differenzierten Wirtschaftsgeschehens zu bewältigen sind, sobald mittelmäßige Persönlichkeiten das Ruder führen und sobald die ersten großen Enttäuschungen eintreten, müssen sich soziale, politische und persönliche Gegensätze von radikaler Schärfe einstellen, die das Staats- und Wirtschaftsleben stärker erschüttern werden als die Klassengegensätze in einer freien Verkehrswirtschaft. Je abstrakter die Tyrannis, desto wilder, verzweifelter und radikaler die Rebellion.

Der Fehler in dieser Rechnung liegt m. E. in der für unsere Zeit charakteristischen Überschätzung des *staatlich-militärischen Befehlsprinzips* und der *Allheilkraft der Organisation*. Es wird an anderer Stelle noch darzutun sein, daß es *neben der spezifisch-staatlich-disziplinären Form* des gesellschaftlichen Zusammenwirkens noch andere Formen der sozialen Kooperation gibt, bei denen der Herrschafts- und Disziplingedanke entweder *gelockert* (Selbstverwaltungsform) oder sogar *beseitigt* ist (herrschaftsfreie Kooperationsformen). Das Glaubensbekenntnis des gerade heute so verlästerten und verkannten *Liberalismus* besteht in nichts anderem, als in der Überzeugung, daß dem spezifisch staatlich-disziplinären Kooperationsprinzip die Alleinherrschaft streitig gemacht und den *herrschaftsschwachen und herrschaftsfreien* Formen des menschlichen Zusammenwirkens eine höhere Bedeutung beigemessen werden müsse. Nicht das Individuum, sondern die Gemeinschaft steht im Vordergrund echten liberalen Denkens, nicht das Private (im Sinne des Gemeinschaftsfeindlichen), sondern das Öffentliche, nicht der Vorrang des Stärkeren, sondern der Vorrang des Besseren, nicht die Ohnmacht der Staatsgewalt, sondern ihre *Beschränkung auf diejenigen Sozialaufgaben*, die sich am zweckmäßigsten in der staatlich-disziplinären Form bewältigen lassen. Und diese Beschränkung wird nicht gefordert, damit ein möglichst großer *gemeinschaftsfreier Raum* erzeugt werde, sondern deshalb, damit jeder Bezirk des Gemeinschaftslebens seine ihm zuträglichste Verfassung erhalte, damit nicht das einseitig staatlich-disziplinäre Organisationsprinzip mit seiner mechanisierten Apparatur den Prozeß der echten Gemeinschaftsbildung und den Gemeingeist überwuchere, entkräfte und zerstöre. Dieses Glaubensbekenntnis, dieses Weltbild des Liberalismus kommt sehr treffend zum Ausdruck in dem Wort Ludwig Bambergers, daß der Fleiß und die Gewissenhaftigkeit, die die Menschen in ihren *Privatangelegenheiten* aufwendeten, die Welt erhalte und vorwärts treibe, und daß dem gegenüber auch die öffentliche Dummheit nicht in der Lage sei, das Rad anzuhalten oder rückwärts zu drehen.

und auf der Nachfrageseite fehlt, da liegt denn auch der Fall umgekehrt. So ist ein kleiner und armer Theaterunternehmer einem reichen und berühmten Schauspieler, ein vermögensloser Kranker einem Privatsanatorium gegenüber im Nachteil.) — Andererseits stellt sich aber die Ausbeutungschance auch wiederum als monopolartig dar und zwar deshalb, weil die betreffende Notlage typischen Charakter hat, d. h. weil sie nicht die Eigentümlichkeit einzelner Anbieter oder Nachfragender, sondern vielmehr die einer ganzen Klasse ist, der alle Einzelanbieter oder Einzelabnehmer angehören. Der Schutzanspruch des Einzelnen hat daher auch hier Popularcharakter, sobald sich die Rechtsordnung des betreffenden typischen Notstandes im ganzen annimmt und ihn grundsätzlich regelt.

Zu d. Wir haben oben denjenigen als einen Monopolisten bezeichnet, der in der Lage ist, bei einer von dem wettbewerblichen Grenzniveau zum Nachteil der anderen Marktseite abweichenden Gestaltung des Angebots oder der Nachfrage die andere Marktseite am Ausweichen auf bessere Angebote oder auf kaufkräftigere Nachfrage zu verhindern. Nicht dagegen ist in diese Definition das Erfordernis aufgenommen worden, daß der Monopolist diese Monopollage zum Anlaß nehmen müsse, bei der Gestaltung seines Angebots oder seiner Nachfrage tatsächlich zum Nachteil der anderen Marktseite vom wettbewerblichen Grenzniveau abzuweichen. D. h. unsere Definition betrifft nur die monopolistische Situation, nicht auch das monopolistische Verhalten. Sie nützt uns daher nur da, wo das Recht an das bloße Vorhandensein einer Monopolstellung Rechtsfolgen anknüpft, läßt uns dagegen durchaus im Unklaren darüber, wie die verschiedenen Möglichkeiten des Monopolverhaltens (im Rahmen einer grundsätzlich freien Wirtschaftsverfassung) de lege lata beurteilt werden müssen oder de lege ferenda beurteilt werden sollten.

Zunächst müssen wir uns darüber im klaren sein, daß sich der Inhaber einer Monopolstellung auf alle Fälle monopolistisch verhalten muß, mag er es nun wollen oder nicht, mag er sich seiner Monopolstellung bewußt sein oder nicht. Auch der Monopolist, der sein Marktverhalten ängstlich nach dem Marktverhalten einiger ohnmächtiger Außenseiter abstimmt, weil er deren Einfluß auf den Markt überschätzt, handelt als Monopolist und in Ausübung der Monopolgewalt, nicht anders, wie etwa ein Monarch, der sich im Rahmen seiner staatsrechtlichen Kompetenz von dem Willen anderer leiten läßt oder den Dingen ihren Lauf läßt, trotzdem kraft seiner monarchischen Gewalt handelt oder sich kraft dieser Gewalt passiv verhält.

Wenn wir von dieser Erkenntnis ausgehen, so haben wir festzustellen, daß dem Monopolisten drei Möglichkeiten des Marktverhaltens offen stehen: Der Monopolist kann nämlich

1. zum Nachteil der anderen Marktseite vom Grenzniveau abweichen,
2. das Grenzniveau einhalten, d. h. sich so betätigen, daß für die Wirtschaft kein Unterschied zwischen dem Ergebnis der monopolistischen und dem der konkurrenzbeherrschten Marktverfassung besteht,
3. zum Vorteil der anderen Marktseite vom Grenzniveau abweichen, d. h. dem Markte bessere Preise, Leistungen und Bedingungen bieten, als ihm im Konkurrenzfalle geboten werden könnten.

Auf den ersten Blick scheinen die Dinge nun so zu liegen, daß für das Recht und für die Wirtschaftspolitik nur der unter 1. genannte Fall des Marktverhaltens, d. h. die für den Markt nachteilige Ausübung der Monopolherrschaft der Beachtung wert erscheint, d. h. daß nicht nur die Fälle 2. und 3., sondern auch das bloße Vorhandensein einer monopolistischen Situation im Sinne eines Machtblanketts, einer bloßen Möglichkeit, oder besser eines bloßen Zwanges zu monopolistischem Verhalten, rechtlich und wirtschaftspolitisch irrelevant sind.

Diese Auffassung trifft nun jedenfalls für den zuletzt erwähnten Fall nicht zu. Vielmehr sieht sich sowohl die Rechtsordnung wie die Wirtschaftspolitik gezwungen, an den bloßen Besitz einer Monopolstellung ohne jede Rücksicht auf die Art ihrer allgemein marktmäßigen Handhabung Rechtsfolgen anzuknüpfen, wenn sie ihrer Aufgabe nachkommen will, diejenigen Tatbestände des Wirtschaftslebens in zureichender Weise zu regeln, die sich der automatischen Regelung durch das Konkurrenzprinzip praktisch entziehen. Der dringlichste Teil dieser Aufgabe besteht aber darin, daß die Rechtsordnung auf dem Gebiete des Wirtschaftslebens dem zentralen und unausweichlichen Rechtsgedanken Nachdruck verleiht, daß, wer im Besitze sozialer Macht ist oder in einen solchen Besitz hineinwächst, soziale Verantwortung zu tragen hat.

Nun ist zwar zuzugeben, daß die Verantwortung, die der Monopolist übernimmt, in erster Linie eine Verantwortung für die allgemeine Marktgestaltung ist. Aber diese Verantwortung ist doch nicht die einzige. Die Entstehung von Monopolmacht hat nämlich nicht nur zur Folge, daß ihr Inhaber nunmehr in die Lage kommt, das Rad des Wirtschaftsfortschritts abweichend vom Tempo der freien Konkurrenz zu hemmen oder zu beschleunigen, sondern sie hat ferner zur Folge, daß der Vorgang, von dem die Gestaltung des Marktschicksals abhängt, der öffentlichen Wahrnehmung, Beobachtung und Berechnung entzogen und in die Brust

des Monopolisten verlegt wird. Aus diesem Zusammenhange erwächst daher für den Inhaber der Monopolgewalt *die Verpflichtung zur Publizität.* Die Entstehung von Monopolmacht hat ferner zur Folge, daß nicht nur das *allgemeine* Schicksal des betreffenden Wirtschaftszweiges und der Gesamtwirtschaft, sondern auch das *individuelle Berufsschicksal einer mehr oder weniger großen Anzahl von Gewerbetreibenden von der Willensentscheidung des Monopolisten abhängig wird.* Wir werden noch darzustellen haben, daß das System der Konkurrenz in seiner Eigenschaft als *Berufsordnung* eine bestimmt geartete *Berufsgerechtigkeit* erzeugt. Diese Berufsgerechtigkeit vermag aber der Monopolist zu stören, *indem er das Berufsschicksal einzelner Gewerbetreibender auf Kosten des Berufsschicksals anderer fördert.* Aus diesem Zusammenhange erwächst daher für den Inhaber der Monopolgewalt *die weitere Verpflichtung, sein Verhalten so einzurichten, daß die Berufsgerechtigkeit gewahrt bleibt.*

Diese beiden Verpflichtungen aber, die Pflicht zur Publizität wie die Pflicht zur Wahrung der Berufsgerechtigkeit, sind *unabhängig von dem allgemeinen Marktverhalten des Monopolisten.* Das heißt, die Öffentlichkeit hat einen Anspruch auf Publizität auch dann, wenn der Monopolist das wettbewerbliche Grenzniveau *einhält* oder zum *Vorteil* der anderen Marktseite von ihm abweicht. Und ebenso haben die in ihrem Berufsschicksal von der Willensentschließung des Monopolisten abhängigen Gewerbetreibenden einen Anspruch auf gleichmäßige und gerechte Behandlung, ohne Rücksicht darauf, ob der Monopolist den Markt im ganzen ausbeutet oder schont oder fördert. Nehmen wir z. B. einmal an, daß sich der Preis für ein bestimmtes Fabrikat auf dem freien Markt bei 10 einspielt, und daß bei dieser Marktlage 100 Händler, die zu den gleichen Preisen und Bedingungen beliefert werden, ihre Existenz mit gewissen, von ihrer wettbewerblichen Leistungskraft abhängigen Erfolgsschattierungen zu behaupten verstehen. Wenn nun der vorgelagerte Fabrikationszweig sich monopolisiert, so wird zwar das *Wirtschaftsschicksal des gesamten Handels* in Mitleidenschaft gezogen, je nachdem der Monopolist den Preis 10 beibehält oder aber ihn auf 11 erhöht bzw. auf 9 ermäßigt. Das heißt, im ersten Falle tritt keine Veränderung für den Handel ein, im zweiten werden vielleicht einige Händler ausscheiden müssen und im dritten werden wahrscheinlich Existenzmöglichkeiten für neue Handelsunternehmungen geschaffen. In bezug auf die *Berufsauslese* und auf die *Berufsgerechtigkeit* findet dagegen so lange keine Änderung statt, als der Monopolist den Grundsatz der gleichmäßigen und gerechten Behandlung aller Händler beibehält. Der Berufserfolg jedes einzelnen Händlers sowie

die Erfolgsabstände zwischen ihnen werden nach wie vor allein durch die Leistungskraft und durch die Abstände zwischen diesen Leistungskräften bestimmt. Sobald aber der Monopolist von diesem Grundsatze abweicht und einzelne Händler zu höheren Preisen oder zu ungünstigeren Bedingungen beliefert, tritt eine gewaltsame, künstliche, vom Monopolisten zu vertretende *Verschiebung der Berufschancen* ein, und zwar ganz unabhängig davon, ob der allgemeine Monopolpreis bei 9, 10 oder 11 liegt. Wenn z. B. der Monopolist den Preis auf 9 ermäßigt, aber von *einigen* Händlern trotzdem noch einen höheren Preis, also etwa den Preis 10 oder 9,5 fordert, so bewirkt er damit, daß die benachteiligten Händler unter Umständen ihre Existenz einbüßen, obwohl sie bei dem gleichen Preise, wenn er *allgemein* verlangt würde, durchaus würden bestehen können. In jedem Falle aber werden diese Händler nunmehr in der beruflichen Stufenleiter zurückgeworfen, d. h. sie verlieren diejenige Erfolgsposition, die ihnen nach Maßgabe ihrer Leistungskraft zukommt, und müssen infolgedessen fortan hinter Berufsgenossen rangieren, die leistungsschwächer sind als sie selbst.

Aus diesen Darlegungen erhellt somit, daß schon der bloße Besitz einer Monopolstellung für das Recht relevant sein kann und für ein gutes Recht relevant sein muß, ohne daß es darauf ankäme, welchen *allgemein-marktmäßigen Gebrauch* der Monopolinhaber von seiner Marktposition macht.

Es bleibt nun noch die Frage zu beantworten, wie sich das Recht der *engeren Aufgabe* gegenüber verhalten soll, die darin besteht, den Grundsatz der Verantwortlichkeit des Monopolisten *speziell für sein allgemein-marktmäßiges Verhalten* zu verwirklichen. Soll die Rechtsordnung an alle drei möglichen Fälle des monopolistischen Marktverhaltens anknüpfen oder kann sie sich damit begnügen, lediglich den Fall einer für den Markt *nachteiligen* Grenzabweichung zu regeln?

Darüber, daß sie diesen zuletzt genannten Fall unter allen Umständen regeln *muß*, kann kein Zweifel bestehen. Unsere Untersuchung hat sich also auf die Frage zu beschränken, wie es in den Fällen zu halten ist, in denen das Verhalten des Monopolisten keine Verschlechterung der Marktlage im Vergleich zu derjenigen der freien Konkurrenz, vielleicht sogar eine Verbesserung zur Folge hat.

Diese Frage kann nun aber nur dahin lauten, ob der Monopolist, wenn er vermöge seiner internen Verfassung *in der Lage* ist, seine Leistungs*kraft* über das wettbewerbliche Grenzniveau hinaus zu verbessern, *verpflichtet sein soll, diese Verbesserung vorzunehmen*, und ob er ferner, wenn er diese Verbesserung vornimmt, *verpflichtet sein soll, die Vorteile der Verbesserung dem Markte zugute kommen zu lassen*, oder ob er in diesem Falle nicht vielmehr *be-*

rechtigt ist, die Vorteile der Verbesserung in Form erhöhter Gewinne selbst zu genießen.

Nehmen wir z. B. den Fall an, auf dem freien Fahrradmarkte spiele sich für eine bestimmte Standardqualität von Fahrrädern der Ab-Fabrik-Preis auf 60 RM. ein bei durchschnittlicher Selbstkostenhöhe von 55 RM. Angenommen ferner, die Fabrikanten würden im Falle einer Kartellierung in die Lage versetzt sein, durch Rationalisierungsabreden die Selbstkosten auf 45 RM. herabzudrücken, also etwa durch die Vereinbarung einer Standardisierung aller wichtigen Fahrradbestandteile (Schrauben, Ventile, Radspeichen, Achsen, Splinte, Gestänge, Bremsen, Sättel usw.). Erste Frage: Kann diesem Kartell billigerweise zugemutet werden, diese Rationalisierung vorzunehmen, wenn sie bei Fortbestehen der freien Konkurrenz nicht durchführbar sein würde? Zweite Frage: Kann dem Kartell billigerweise zugemutet werden, im Falle der Durchführung der Rationalisierung den Preis entsprechend herabzusetzen, etwa auf 50 RM.?

Bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir von deu Verhältnissen ausgehen, wie sie in dem System der freien Konkurrenzwirtschaft begründet sind, nicht aber sind wir berechtigt, an private Monopolgebilde Zumutungen zu stellen, die in einem anderen Wirtschaftssystemc, das aber bei uns noch keine Geltung hat, also etwa in einem allgemeinen Planwirtschaftssystem oder in dem System einer total sozialisierten Wirtschaft angebracht sein könnten oder angebracht sein würden. D. h. man kann, solange die Wirtschaft grundsätzlich frei und grundsätzlich privat ist, dem Monopolisten zwar mit guten rechts- und wirtschaftspolitischen Gründen verwehren, sein Marktschicksal auf Kosten anderer Wirtschaftskreise über das in der Konkurrenz erreichbare hinaus zu verbessern, man kann ihn aber andererseits den Genuß solcher Vorteile nicht verkümmern, die ein bestimmtes Verhalten im Zustande des freien Wettbewerbs für denjenigen, der es betätigt, zur Folge haben würde.

Lassen wir uns von diesem Grundsatz leiten, so sind die beiden Fragen wie folgt zu beantworten:

Was zunächst die Frage betrifft, ob ein Monopolist interne Betriebsverbesserungen vornehmen muß oder nicht, die ihm vermöge seines monopolistischen oder organisatorischen Zusammenschlusses — und nur vermöge dieses Zusammenschlusses — möglich sind, so ist davon auszugehen, daß in einer freien Marktverfassung kein Gewerbetreibender gezwungen ist, seinen eigenen Vorteil wahrzunehmen, wenn er nicht will. Dagegen sorgt die äußere psychologische Zwangslage, in die sich der freie Konkurrent infolge der Freiheit der Mitbewerber versetzt sieht, dafür, daß er es tut. Dem Monopolisten ist also äußerstenfalls nur zuzumuten, daß er diejenigen Verbesserungen freiwillig vornimmt, zu deren Vornahme er im Falle der Konkurrenz psychologisch gezwun-

gen sein würde. Mehr kann ihm nicht angesonnen werden. Wenn also gewisse Verbesserungen nur dadurch erzielt werden können, daß die Unternehmer auf ihre Wettbewerbsfreiheit verzichten, so kann von den Unternehmern weder dieser Verzicht, noch im Falle des Verzichts die Vornahme der nunmehr möglich werdenden Verbesserungen verlangt werden. Will die Staatsgewalt aus Gründen der Wirtschaftspolitik der Gesamtwirtschaft die produktiven Möglichkeiten einer Marktmonopolisierung voll zugute kommen lassen, so muß sie auf dem betreffenden Markte das Prinzip der freien Verkehrswirtschaft beseitigen und dieses Prinzip durch das Prinzip der Gemeinwirtschaft ersetzen. Die Reichsverfassung bietet hierzu in den Bestimmungen des Artikels 156 Abs. 1 und 2 die verfassungsrechtliche Möglichkeit.

M. a. W. es ließe sich zwar rechts- und verfassungstheoretisch rechtfertigen, den Inhabern einer privaten Monopolgewalt im Wege einer strengen Auslegung des wohlverstandenen wirtschaftlichen Freiheitsgrundsatzes Rechtspflichten aufzuerlegen, die die subjektive Handlungs- und Entschließungsfreiheit des privaten Monopolisten bzw. der privaten Monopolbeteiligten insoweit einschränken, als die Betätigung dieser Freiheiten den freien Marktprozeß im Vergleich zu seinem Funktionieren im Konkurrenzzustande lähmen und verschlechtern würde. Jede darüber hinausgehende Freiheitsbeschränkung aber, also insbesondere jede Freiheitsbeschränkung, die dem Monopolisten in Anwendung spezifisch gemeinwirtschaftlicher Grundsätze (im Sinne der Reichsverfassung) auferlegt wird, steht unter dem Vorbehalt der Gesetze und kann deshalb nur in denjenigen Formen vorgenommen werden, die das Verfassungsrecht zu diesem Behufe ausdrücklich zur Verfügung stellt. Dem Richter insbesondere ist es durchaus verwehrt, dem privaten Monopolisten die Beobachtung gemeinwirtschaftlicher Produktions- und Verteilungsgrundsätze zur Pflicht zu machen.

Ähnlich verhält es sich mit der zweiten Frage, ob der Monopolist verpflichtet ist, die Vorteile einer nur im Wege der freiwilligen Abkehr von der Konkurrenz möglich gewordenen und durchgeführten Betriebsverbesserung dem Markte, d. h. seinen Abnehmern zuzuwenden. Auch hier ist nach den Grundsätzen der freien Verkehrswirtschaft zu verfahren. Diese Grundsätze aber lauten dahin, daß jeder, der das wettbewerbliche Grenzniveau für seine Person übertrifft, berechtigt ist, die Vorteile seines Leistungsvorsprungs für sich allein zu genießen. D. h. wer bei freier Konkurrenz in der Lage ist, billiger anzubieten als der Grenzanbieter, ist nicht gezwungen, dies zu tun.

Er ist vielmehr durchaus berechtigt, den Marktpreis zu fordern und die Differenz zwischen Erlös und Kosten in seine eigene Tasche zu leiten. Diese Gewinnchance ist ja gerade das psychologische Lockmittel, dessen sich das System der Wirtschaftsfreiheit bedient, um jeden einzelnen an der Steigerung seiner Leistungskraft zu interessieren. Aber — und dieses weitere Moment ist nun auch für unsere Frage wichtig — die Beibehaltung des Marktpreises unter Vereinnahmung des Überschusses ist weder die einzige noch auch nur die wirksamste Methode der Gewinnerzielung. Vielmehr läßt sich, wie wir schon früher dargelegt haben, der optimale Gewinn nur beim optimalen Umsatze erzielen, d. h. derjenige, der seine Kosten vermindert hat, wird regelmäßig besser fahren, wenn er durch eine leichte Preissenkung seinen Umsatz ausweitet als wenn er unter Beibehaltung des alten Preisniveaus und damit der alten Umsatzgröße lediglich die Differentialrente in Anspruch nimmt.

Es ist deshalb dem Monopolisten äußerstenfalls zuzumuten, daß er diejenigen Verbesserungen, zu deren Vornahme der betreffende Gewerbezweig im Falle der Konkurrenz psychologisch gezwungen sein würde, nicht nur ebenfalls vornimmt, *sondern daß er auch die Vorteile dieser Verbesserung in demjenigen Ausmaße dem Markte zugute kommen läßt, in dem sie ihm zugute kommen würden, wenn der Markt frei wäre.*

Es ist nun ohne weiteres zuzugeben, daß die Erörterungen über die zuletzt erwähnten beiden Punkte mehr theoretisches als praktisches Interesse verdienen. Sie sind denn auch nur deshalb angestellt worden, weil sich an diesem Tatbestande der Gedanke am anschaulichsten darstellen läßt, daß die Monopolfrage auch für die rechtliche Betrachtung ein anderes Gesicht hat, wenn man sie vom Blickpunkte der freien Verkehrswirtschaft, als wenn man sie vom Blickpunkte einer gemeinwirtschaftlich orientierten Planwirtschaftsverfassung ins Auge faßt.

Praktisch dürfte indessen dieser Tatbestand deshalb nahezu bedeutungslos sein, weil — erstens — Rationalisierungsfortschritte nur sehr selten eine effektive Monopolisierung des Marktes voraussetzen[1])

[1]) Wo in der Praxis ausgesprochen monopolistische Rationalisierungsverbände vorkommen, da handelt es sich in der Regel um sogenannte Patentgemeinschaften oder Patentverwertungskartelle. Bei diesen Gebilden liegt aber die Frage wesentlich schwieriger, und zwar deshalb, weil hier schon der Zustand der freien Konkurrenz ein monopolistisches Element — das gesetzliche Monopol des Patentes — enthält. Die Eigenart der Kartellierung besteht in diesem Falle darin, daß durch sie das *individuelle gesetzliche Monopol* des Patentberechtigten zugleich *sozialisiert* (freier Patent- und Erfahrungsaustausch) und *kollektiviert* wird (d. h. er wird mit dem Prinzip der normalen kollektiven, kartellmäßigen Monopolmacht kombiniert). Dadurch wird den Mitgliedern gegenüber ein Zustand geschaffen, wie er bestehen würde, wenn es einen Patentschutz nicht gäbe, während andererseits die Nichtmitglieder auch von dem Genusse derjenigen rechtlichen und tatsächlichen Möglich-

(in der Regel genügt ein Zusammenschluß genossenschaftlicher Art ohne Monopolcharakter), weil — zweitens — eine Rechtspflicht für den Monopolisten, dem Markte mindestens das zu bieten, was im Zustande der Konkurrenz geboten werden würde, weder besteht noch in dieser Schärfe jemals angeordnet und exekutiert werden könnte, und weil man — drittens und endlich — allen Anlaß hätte, sich über ein privates Monopolverhalten, das nicht zu einer Verschlechterung der Marktlage für die Gegenseite führt, zu freuen, so daß es schon aus diesem Grunde nicht praktisch sein würde, das betreffende Monopolgebilde mit weitergehenden Zumutungen zu behelligen.

III. Kapitel
Die Verschiedenheit der Kampfmethode (objektiver Unterschied)

1. Fragestellung

a) Ist die Unterscheidung von Kampfarten nach ihrem Kampfzwecke ausreichend und durchführbar?

Wir haben uns im I. und II. Kapitel den Unterschied zwischen Wettbewerb und Monopolkampf dadurch klarzumachen versucht, daß wir uns vor allem über das Ziel unterrichteten, dem im einen und im anderen Falle die Anstrengung des Kämpfenden gilt.

Es gibt auch in der Tat keinen anderen Weg, um zum Verständnis objektiver Kampfvorgänge und Kampfzusammenhänge zu kommen, als den, daß man von dem ausschlaggebenden subjektiven Momente des Kampftatbestandes ausgeht, nämlich vom Kampfzweck. Denn jeder Kampf, bei dem es auf die Erzielung eines bestimmten Kampferfolges ankommt — der also nicht wie etwa eine aus purem Kraftüberschuß oder aus blinder Leidenschaft betätigte Rauferei ohne Rücksicht auf einen „Sieg" um seiner selbst willen gesucht wird —, ist in seinen Mitteln, in seinen Methoden, in seinem prozeßmäßigen

keiten ausgeschlossen werden, in dem sie sich befinden würden, wenn zwar der individuelle Patentschutz, im übrigen aber freie Konkurrenz zwischen den Verwertungsberechtigten statt hätte. Das Sozialisierungsmoment wirkt dabei durchaus im Sinne des Wirtschaftsfortschrittes und ist daher nur zu begrüßen. Das Kollektivierungsmoment dagegen wirkt durchaus im Sinne der marktnachteiligen Monopolausbeutung. Welche Tendenz im konkreten Einzelfall tatsächlich überwiegt, wird überaus schwierig festzustellen sein. Wenn z. B. von seiten eines Vertreters der Glühlampenindustrie einmal das Wort geprägt worden ist, daß eine Außenseiterkonkurrenz gegen Mitglieder des internationalen Glühlampenkartells bzw. gegen die nationalen Verbandsorganisationen dieses Kartells ein aussichtsloser Versuch sein würde, weil die Preise der Kartellbetriebe schlechthin nicht zu unterbieten seien, es sei denn, daß es einem Erfinder gelinge, „Hosenknöpfe kostenlos zum Leuchten zu bringen", so würde man im Unrecht sein, wenn man diese Behauptung für eine wesentliche Übertreibung hielte. Es fragt sich nur, warum dieser Versuch so aussichtslos sein würde. Zweifellos zum Teile deswegen, weil die Kartellmitglieder

Verlaufe und in seinen technischen Gesetzmäßigkeiten auf diesen Erfolg, auf diesen Zweck („Sieg") hin orientiert und läßt sich nur begreifen, wenn man diesen Zweck kennt. Die Berücksichtigung des Kampfzweckes wird dabei um so wichtiger, je ähnlicher die Waffen sind, mit denen verschiedene Arten von Kampf ausgefochten werden; hier werden wir die feineren Unterschiede in der objektiven Handhabung der Waffen weder feststellen noch in ihrer kampftechnischen Gesetzmäßigkeit verstehen können, solange wir uns über die Beschaffenheit der angestrebten Kampferfolge und über die Unterschiede dieser kämpferischen Zwecksetzungen im unklaren befinden.

Auf der anderen Seite aber dürfen wir auch bei der Ermittlung der Kampfziele nicht stehenbleiben, und zwar deshalb nicht, weil die Verschiedenheit dieser Ziele nicht unter allen Umständen eine Verschiedenheit des objektiven Kampfverhaltens nach sich zieht. Dies ist namentlich dann nicht der Fall, wenn eine bestimmte objektive Kampfhandlung gleichzeitig und notwendig *mehrere objektive Wirkungen zur Folge hat*, so daß der Handelnde in jedem Falle diese sämtlichen Wirkungen erzielt, ganz gleichgültig, welche von ihnen er in erster Linie oder ausschließlich *bezweckt*.

Dieser Fall der *notwendigen Vielheit der Folgen* liegt nun aber gerade bei der echten Wettbewerbshandlung vor. Denn jede echte Wettbewerbshandlung hat im Falle ihres Erfolges nicht nur die Wirkung, daß der Sieger das betreffende Geschäft macht, sondern zugleich auch immer und notwendig die Wirkung, daß der Besiegte das Nachsehen hat. Der Wettbewerber hat also die Wahl, ob er sich den eigenen Nutzen oder aber den Schaden des Konkurrenten zum Zwecke seines Kampfes setzt. Wie er aber auch diese Wahl trifft, immer wird sein Verhalten beide Wirkungen erzeugen: Er muß, wenn er den eigenen Nutzen anstrebt, den Schaden des Konkurrenten, und wenn er den Schaden des Konkurrenten anstrebt, den eigenen Nutzen aus dem betreffenden Geschäft in Kauf nehmen.

Wenn wir nun festgestellt haben, daß es dem Wettbewerber auf den eigenen Nutzen, dem Monopolkämpfer dagegen auf den Schaden

infolge ihres gegenseitigen Austauschs aller bisher gemachten technischen Erfindungen sowie aller Fabrikationsmethoden und aller Verfahrensgeheimnisse sehr viel billiger produzieren können, als ihnen dies ohne diesen Austausch bei freier Konkurrenz möglich sein würde. Ebenso zweifellos aber zum *anderen Teile* auch deshalb, weil der Außenseiter infolge der kartellmäßigen Exklusivität der Verfügung über alle Patente usw. von jeder Möglichkeit abgeschnitten ist, auf legale Weise Lizenzen zu erhalten oder sich sonst — etwa gegen Vergütung oder im Wege der Fusion oder Konzernierung mit anderen Betrieben — Kenntnis bewährter Fabrikationsmethoden oder Betriebserfahrungen anderer zu verschaffen. Im Verhältnis zur freien Konkurrenz wirkt sich also die Kartellierung gerade der Glühlampenfabrikation *für die Kartellmitglieder kostenmindernd, für die Nichtmitglieder aber kostensteigernd aus* und diese letztere Wirkung würde es, wenn sie überwöge, dem Kartell mindestens in der Theorie gestatten, sogar überhöhte Monopolpreise gegen die Konkurrenz etwaiger Außenseitererfindungen zu verteidigen.

des Außenseiters ankommt, so folgt, daß sich der Monopolkämpfer nicht notwendig solcher Maßnahmen zu bedienen braucht, die bloß den Schaden des Außenseiters, nicht aber den eigenen Nutzen zur Folge haben. Er kann vielmehr den Schädigungserfolg auch dadurch erzielen, daß er Handlungen vornimmt, die ihm selbst einen echten Wettbewerbserfolg eintragen. Wenn er es auf diese Weise erreicht, daß seine Rivalen unter den Wirkungen des angerichteten Schadens zusammenbrechen, so daß er allein übrigbleibt und auf diese Weise zum Monopolisten aufrückt, so müßten wir ein derartiges Kampfverhalten bei einseitiger Würdigung des Kampf zweckes als Monopolkampf klassifizieren, obwohl es gleichzeitig in objektiver Hinsicht alle Merkmale des typischen Wettbewerbs aufweist. Wir würden ferner gezwungen sein, genau den gleichen Tatbestand als reinen Wettbewerb anzusprechen, wenn der Handelnde bloß seinen eigenen Gewinn aus den getätigten Geschäften im Auge gehabt hätte, obwohl der objektive Erfolg seiner Aktion — über seine eigene Erwartung hinaus — alle Merkmale des typischen Monopolkampferfolges aufweist.

Wie soll nun dieser Tatbestand rechtlich beurteilt werden?

Setzen wir zum Behufe der Vereinfachung dieser Frage einmal voraus, daß die Rechtsordnung den Wettbewerbszweck billigt und zu diesem Behufe die Freiheit des Wettbewerbs proklamiert, daß sie aber andererseits den Monopolzweck mißbilligt und aus diesem Grunde den Monopolkampf untersagt. Wenn nun in der Tat die subjektive Zwecksetzung allein entscheiden sollte, so würde ein und derselbe Kampftatbestand das eine Mal zulässig, das andere Mal rechtswidrig sein, je nachdem der Handelnde seinen eigenen Wettbewerbsnutzen oder aber den monopolbegründenden Schaden der Besiegten bezweckt haben sollte. Wenn er aber nun vollends beide Wirkungen, die ja — objektiv gesehen — notwendig und stets zusammen eintreten müssen, auch subjektiv bezweckt haben sollte, dann würde also dahin zu entscheiden sein, daß sein Verhalten, soweit es durch den Wettbewerbszweck bestimmt war, zulässig, soweit aber der monopolistische Schädigungszweck mitschwang, unzulässig sei, d. h. aber, daß es sowohl zulässig als auch unzulässig sei.

Es ist also nicht möglich, in einem solchen Falle auf den Kampfzweck abzustellen. Die Rechtsordnung sieht sich vielmehr überall da, wo ein objektiver Tatbestand notwendig eine zwei- oder mehrseitige Wirkung hat, immer vor die Wahl gestellt, diesen Tatbestand entweder im ganzen zuzulassen oder aber ihn im ganzen zu verbieten. Nicht aber steht ihr die Möglichkeit offen, die Duldung oder das Verbot von dem Umstande abhängig zu machen, daß derjenige, der den Tatbestand verwirklicht, nur auf eine Seite der Wirkung Gewicht legt. Denn die Rechtsordnung muß selbstverständlich damit rechnen, daß diese notwendig zweiseitige Wirkung den Rechtsgenossen bekannt ist;

wer aber die notwendig zweiseitige Wirkung einer Handlung kennt, der nimmt diese Wirkung, wenn er sich zu der betreffenden Handlung entschließt, auch in seinen subjektiven Willen auf, d. h. er ist, selbst wenn ihm nur an der einen Seite dieser Wirkung gelegen sein sollte, doch auch stets in bezug auf die andere mindestens mit einem Eventualdolus willensmäßig beteiligt[1]). Die völlige Abwesenheit dieses Eventualdolus würde aber speziell auf dem Gebiete des gewerblichen Wettbewerbes einen Grad von lebensfremder Unerfahrenheit voraussetzen, den man bei keinem Berufsstande weniger vermuten darf als bei dem Stande des gewerblichen Unternehmertums.

b) Monopolistischer und nichtmonopolistischer Schädigungszweck

Das Kriterium des subjektiven Kampfzweckes erweist sich aber auch noch aus einem anderen Grunde als ungeeignet zur exakten Grenzziehung zwischen Wettbewerb und Monopolkampf.

Wenn wir nämlich daran festhalten, daß jede echte Wettbewerbshandlung eine doppelseitige Wirkung hat (eigener Geschäftsabschluß, Verhinderung fremden Geschäftsabschlusses), so erhellt, daß jede wirtschaftliche Kampfhandlung, die unmittelbar nur fremden Schaden, nicht aber auch eigenen Nutzen zur Folge hat, nicht mehr als echte Wettbewerbshandlung gelten kann. Damit ist aber nun noch keineswegs gesagt, daß eine solche Handlung dem Monopolkampfe zugehören müsse. Denn der Zweck des Handelnden kann in diesem Falle durchaus unmonopolistischer Art sein. Der Kämpfende kann z. B. von dem Motiv der Rache geleitet sein oder aber die Absicht verfolgen, den Bekämpften zu irgend etwas zu zwingen. Ja er kann auch — und dies ist sogar die Regel — vom reinen Wettbewerbsinteresse bestimmt sein, indem er sich sagt, daß nicht nur der eigene Fortschritt, sondern auch der Rückschritt der Rivalen seine Position im Wirtschaftskampfe verbessert. Er verspricht sich also von der betreffenden Schadenshandlung zwar nicht einen unmittelbaren, wohl aber einen mittelbaren Wettbewerbserfolg.

Damit stoßen wir aber auf eine breite Gruppe wirtschaftlicher Kampfhandlungen, die wir weder in die Kategorie des echten Wettbewerbs noch in die Kategorie des Monopolkampfes einreihen können. Nicht in die Kategorie des echten Wettbewerbs, weil bloß ein fremdes Geschäft vereitelt, nicht aber ein eigenes Geschäft getätigt worden ist, und nicht in die Kategorie des Monopolkampfes, weil die Geschäftsvereitelung nicht zu dem Zweck vorgenommen worden ist, eine eigene oder fremde Monopolstellung zu erobern oder zu verteidigen.

c) Verfolgung des Nutzenzweckes mit verschiedenen Mitteln

Drittens aber ist auch noch keineswegs gesagt, daß jede Vereitelung eines fremden Geschäftsabschlusses durch eigene Vor-

[1]) Es ist das Verdienst Nipperdeys (Wettbewerb und Existenzvernichtung, Kart.-Rdsch. 1930, S. 141), auf diesen Zusammenhang aufmerksam gemacht zu haben.

nahme dieses Abschlusses den Tatbestand des echten Wettbewerbs erfüllt. Denn dieser Erfolg kann mit den verschiedensten Mitteln erzielt werden, so daß zu untersuchen bleibt, ob die Anwendung aller dieser Mittel wettbewerblichen Charakter hat. Sollte sich herausstellen, daß dies nicht der Fall ist, so wäre des ferneren festzustellen, welche Methoden diesen Charakter nicht aufweisen und welcher Art das gemeinsame Kriterium ist, das vorliegen muß, damit wir berechtigt sind, eine Methode der Geschäftsvereitelung durch eigenen Abschluß als Wettbewerbsmethode anzusprechen. Ist es z. B. gewerblicher Wettbewerb im Sinne der freien Verkehrswirtschaft, wenn jemand seinen Rivalen totschlägt oder ihn durch Gewalt oder Drohung zur Überlassung eines Kunden zwingt, oder den Betrieb des Rivalen zerstört, seine Bezugs- und Kreditquellen verstopft, oder aber Verleumdungen über ihn ausstreut? Oder ist es Wettbewerb, wenn einer die Kunden seines Rivalen durch betrügerische Anpreisung seiner eigenen Leistungen anlockt oder die Kunden mit roher Gewalt oder durch Erpressung zwingt, bei ihm, statt bei dem besseren Rivalen zu kaufen?

d) Die Kombinationen von objektiven und subjektiven Unterscheidungsmöglichkeiten

Je mehr wir bei der Betrachtung wirtschaftlicher Kampftatbestände und Kampfmöglichkeiten in die Einzelheiten eindringen, um so mehr läßt uns also das Kriterium des subjektiven Kampfzweckes im Stich. Wir sehen auf der einen Seite, daß es Kampfhandlungen gibt, die alle Merkmale des echten Wettbewerbs aufweisen und trotzdem den Erfolg des Monopolkampfs erzeugen, folglich also auch (subjektiv) in den Dienst des monopolistischen Kampfzweckes gestellt werden können. Auf der anderen Seite treffen wir nicht nur auf eine, sondern auf mehrere Gruppen von Kampfaktionen, die offensichtlich im Dienste des typischen Wettbewerbszwecks angewendet zu werden pflegen, hinsichtlich deren Wettbewerbscharakter aber trotzdem mindestens ernstliche Zweifel bestehen.

Angesichts dieses Sachverhaltes drängt sich uns daher die Vermutung auf, daß der Unterschied zwischen Monopolkampf und Wettbewerb nicht nur eine subjektive, sondern auch eine objektive Seite hat. Sollte sich diese Vermutung bewahrheiten, so würde also das ganze Gebiet des Wirtschaftskampfes in objektiver Hinsicht in zwei Methodengruppen zerfallen und zwar erstens in die Gruppe derjenigen Kampfmethoden, die eine wettbewerbsmäßige Beschaffenheit aufweisen, und zweitens in die Gruppe derjenigen Kampfmethoden, bei denen dies nicht der Fall ist. Ferner würde jede dieser beiden Gruppen durch den Hinzutritt des subjektiven Elementes eine Unterteilung erfahren, d. h. es würden sich die Kampfmethoden von objektiv wettbewerbsmäßiger Beschaffenheit wie auch die Kampfmethoden von objektiv nicht wettbewerbsmäßiger Beschaffenheit je-

weils mit drei typischen Kampfzielen verbinden können, nämlich mit dem typisch wettbewerblichen (Überflügelung von Rivalen), mit dem typisch monopolistischen (Außergefechtsetzung von Außenseitern) und endlich mit allen anderen denkbaren Kampfzielen, die weder wettbewerblich noch monopolistisch sind (Rache, Zwang).

Was nun die weitere Frage anbetrifft, welche von diesen sechs Untergruppen dem Wettbewerb, welche dem Monopolkampfe und welche keinem von beiden Kampftypen zuzurechnen sind, so können wir im derzeitigen Stande der Untersuchung nur einige Aussagen mit völliger Gewißheit machen. So können wir z. B. bestimmt sagen, daß alle Maßnahmen, denen der objektive Wettbewerbscharakter *fehlt*, unter keinen Umständen dem Wettbewerb zugezählt werden können, auch dann nicht, wenn sie sich mit dem typisch wettbewerblichen Kampfziele verbinden. Wir können ferner sagen, daß solche Kampfmaßnahmen, denen der objektive Wettbewerbscharakter fehlt, dann dem Monopolkampf angehören, wenn sie eine Verbindung mit dem monopolistischen Kampfzwecke eingehen. Desgleichen sind solche objektiv wettbewerbsmäßigen Handlungen echter Wettbewerb, die unter der Wirkung des Wettbewerbsstrebens vorgenommen werden, während nichtwettbewerbsmäßige Aktionen weder als Monopolkampf noch als Wettbewerb gelten können, wenn der Angreifer entweder vom Wettbewerbsstreben oder von einem anderen nichtmonopolistischen Zielstreben beseelt ist.

Offen dagegen bleibt vorerst noch die Frage, was wir von *objektiv wettbewerblichen Kampftatbeständen* zu halten haben, *die um eines nicht wettbewerblichen, insbesondere um eines spezifisch monopolistischen Kampfzweckes willen verwirklicht werden.* Das wären also (bei Beschränkung auf den Fall des spezifisch monopolistischen Kampfzweckes) insbesondere solche (objektiven) Wettbewerbshandlungen, deren normale und notwendige Schadensfolge für die Besiegten so groß wäre, daß diese die Fähigkeit einbüßten, dem Sieger — falls er zu einem monopolistischen Marktverhalten überginge — als „Außenseiter" gefährlich zu werden. Denn wenn es objektive Wettbewerbshandlungen von so einschneidender Schadenswirkung geben sollte, so müßten wir, wie gesagt, annehmen, daß diese Tatsache den Teilnehmern am Wirtschaftskampfe auch bekannt ist und daß daher jeder Gewerbetreibende, der sich einer derartigen Maßnahme bedient, im Zweifel dieses monopolermöglichende Ausmaß des Erfolges will und anstrebt.

Wie aber soll dieser Tatbestand rechtlich beurteilt werden? Hat der Angreifer deshalb, weil er sich in objektiver Hinsicht im Rahmen des Wettbewerbs bewegt, Anspruch darauf, daß sein Verhalten — trotz des monopolistischen Erfolgs und Erfolgswillens — nach den Grundsätzen des wettbewerblichen Kampfrechtes beurteilt wird? Oder muß

er sich gefallen lassen, daß auf diesen Tatbestand — trotz seiner objektiv wettbewerblichen Beschaffenheit — die Rechtsgrundsätze angewendet werden, die für den Monopolkampf gelten, bloß weil der Erfolg der Maßnahme ein typischer Monopolkampferfolg ist und der Angreifer gegen diese Größe des Erfolges nichts einzuwenden hat?

Um diese Frage mit hinreichender Bestimmtheit beantworten zu können, werden wir gut tun, zuvor festzustellen, ob es in der Tat ein eindeutiges objektives Kriterium gibt, das uns instand setzt, zu erkennen, ob eine Maßnahme des Wirtschaftskampfes in materieller Hinsicht Wettbewerbscharakter hat oder nicht, und welches dieses Kriterium ist.

2. Die möglichen Gesichtspunkte zur Unterscheidung zwischen Kampfmethoden

Die Aufgabe, zwischen Kampf und Kampf objektive Unterscheidungen zu treffen und die verschiedenen Mittel und Methoden, die in einem Kampfe angewendet werden können, nach irgendwelchen objektiven Gesichtspunkten in Gruppen zusammenzufassen, wird nun aber von vornherein dadurch erschwert, daß es mehrere Gesichtspunkte gibt, unter denen man an diese Aufgabe herantreten kann. Wir müssen also diese Gesichtspunkte prüfen und uns für einen von ihnen entscheiden.

Sehen wir näher zu, so sind es im wesentlichen drei Gesichtspunkte, unter denen wir die Wahl zu treffen haben und die aus diesem Grunde unsere besondere Aufmerksamkeit verdienen.

a) Der allgemein-juristische Gesichtspunkt

Zunächst wäre der allgemein-juristische Gesichtspunkt zu erwähnen. Wer ihn anlegt, den interessiert an den üblichen und möglichen Kampfmethoden und Kampfmitteln nur die Tatsache, ob sie, wenn man sie isoliert, d. h. losgelöst von ihrer kämpferischen Zweckbezogenheit betrachtet, mit den Geboten des allgemeinen Rechts und der allgemeinen Sittenordnung in Einklang stehen oder nicht. Dagegen kümmert er sich weder um die Frage ihrer kämpferischen Brauchbarkeit, noch auch darum, was für ein Zustand in sozialer und ökonomischer Hinsicht entsteht, wenn sich die Rechtsgenossen derjenigen Mittel und Methoden, die das allgemeine Recht zuläßt, mit allem Nachdruck bedienen.

Wenn man von diesem Gesichtspunkte ausgeht, so ist z. B. nichts dagegen einzuwenden, wenn ein Teilnehmer an einem Hindernisrennen um die Hindernisse herumreitet, anstatt sie zu überspringen. Denn es gibt weder eine positive Rechtsnorm noch ein Sittengebot, die vorschreiben, daß ein Rechtsgenosse, der zu Pferde sitzt, über Hindernisse springen muß. Die Frage, ob der betreffende Reiter in diesem Hindernisrennen, wenn er als Erster am Ziele ankommt, als

Sieger anzusprechen ist, interessiert vom Standpunkte der allgemein-juristischen Betrachtungsmethode nicht; das mag der Reiter mit den anderen Beteiligten oder mit dem Renngerichte ausmachen. Der staatliche Richter aber hat lediglich festzustellen, ob der Reiter in seiner Eigenschaft als *Rechtsgenosse* (d. h. also nicht in seiner Eigenschaft als *Kampfbeteiligter*) da reiten durfte, wo er geritten ist.

Diesen Gesichtspunkt (der übrigens in der Wettbewerbsjurisprudenz und in der Wettbewerbsjudikatur der herrschende Gesichtspunkt ist) werden wir uns im folgenden insofern zu eigen machen, *als wir unsere Aufmerksamkeit ausschließlich solchen Kampfmethoden zuwenden, die weder mit dem Gesetz noch mit den allgemeinen Forderungen der guten Sitte im Widerspruch stehen.*

b) Der technisch-privatwirtschaftliche Gesichtspunkt

Der zweite Gesichtspunkt, mit dem wir uns zu befassen haben, ist der *technisch-privatwirtschaftliche*. Hier werden alle denkbaren Methoden nach ihren *kampftechnischen Verschiedenheiten* eingeteilt. D. h. es wird die Frage gestellt, welche technischen Möglichkeiten und Wege zur Verfügung stehen, um den Erfolg einer Abschlußvereitelung herbeizuführen (z. B. die Möglichkeiten der *Preis*unterbietung, der *Qualitäts*verbesserung, der kaufmännischen *Kulanz* (Dienst am Kunden), der Reklame, der Sperren und ihrer Spielarten, der Abriegelungskäufe usw.). Zugleich werden die Grenzen der Ergiebigkeit und Verwendbarkeit der verschiedenen Methoden, die Voraussetzungen für ihre Verwendbarkeit und die Frage der Brauchbarkeit einzelner Mittel im Dienste der verschiedenen Kampfzwecke untersucht. Von diesem Gesichtspunkte würde etwa ein Kursleiter ausgehen, der angehende Kaufleute über die Kunst der wirtschaftlichen Kampfführung zu unterrichten hätte. Aber auch ein Generalstab des Wirtschaftskrieges, wenn es ihn gäbe, müßte diese Einteilung pflegen und entwickeln.

c) Der institutionell-volkswirtschaftliche Gesichtspunkt

Der dritte Gesichtspunkt endlich orientiert seine Unterscheidung nach dem institutionellen, d. h. in unserem Falle nach dem sozialen und wirschaftlichen *Sinn des Kampfes*. Wir können ihn den *institutionell-volkswirtschaftlichen* nennen. Hier interessiert vor allem die Frage, *welche Funktion der Kampf im Rahmen der verschiedenen möglichen oder historischen Wirtschafts- und Sozialordnungen haben kann*, d. h. die Frage nach dem Kampf als nach einer *Institution der Wirtschaftsordnung*. Dementsprechend werden die möglichen Kampfmethoden *nach ihrer Verträglichkeit bzw. Unverträglichkeit mit der betreffen-*

den Sozialfunktion des Kampfes eingeteilt. D. h. es wird gefragt, ob der Kampf schlechthin Krieg ist, bei dem sich jeder Beteiligte jeder beliebigen (mit dem allgemeinen Recht und den guten Sitten vereinbaren) Methode bedienen darf, die geeignet ist, ihm einen wirtschaftlichen Erfolg zu sichern, oder ob es sich um einen Auslesekampf handelt, dessen Sinn darin besteht, daß eine bestimmte Qualifikation für den Sieg ausschlaggebend sein soll. Und wenn es sich um einen Auslesekampf handelt, so wird weiterhin gefragt, welche Qualifikation entscheiden soll. Wem gönnt und wünscht die Wirtschaftsordnung den Sieg? Etwa dem Listigsten, oder dem unbedenklichsten Marktschreier, oder dem Reichsten, oder dem wirtschaftlich Tüchtigsten (Begabung plus Arbeitskraft plus Verfügungsgewalt über die erforderlichen Mittel), oder dem Brutalsten, oder dem Herrschsüchtigsten, oder endlich demjenigen, der kraft äußerer Zufälligkeiten über die breiteste Möglichkeit verfügt, seinen Rivalen Schaden zuzufügen?

3. Die Überlegenheit des institutionell-volkswirtschaftlichen Gesichtspunktes

Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, wenn wir behaupten, daß nur dieser zuletzt erwähnte Gesichtspunkt uns instand setzt, einen bestimmten Kampf wirklich zu verstehen. Nur wenn wir wissen, warum gekämpft wird, warum die Rechtsordnung auf irgendeinem Gebiete des menschlichen Zusammenlebens den Kampf duldet oder gar wünscht und mit ihm rechnet, nur wenn wir den Sinn des Kampfes verstehen, können wir z. B. die technisch-privatwirtschaftliche Einteilungsmethode mit Erfolg anwenden. Denn solange wir im Unklaren darüber sind, welche Kampftugenden für den Sieg ausschlaggebend sein sollen, solange können wir den Kämpfern auch keine Ratschläge bezüglich der anzuwendenden technischen Kampfmethoden erteilen. Der juristische Einteilungsgesichtspunkt freilich läßt sich immer durchführen, ganz gleich, welches der soziale und ökonomische Sinn des Kampfes ist. Mord, Totschlag, Erpressung, Raub, Betrug, Nötigung, Verkauf an gesetzlichen Feiertagen oder zur Nachtzeit, Patentverletzung usw. sind nach heute geltendem Recht schlechthin unerlaubte Mittel, und zwar unerlaubt in- und außerhalb des Kampfes und ohne Rücksicht darauf, welches der Sinn des Wirtschaftskampfes ist und welche sonstigen Ansprüche an das Kampfverhalten der Beteiligten etwa außerdem von Seiten des Rechtes noch zu stellen sind. Daß aber mit dieser Einteilung irgendeine Einsicht in das Wesen des Wirtschaftskampfes gewonnen würde, wird man nicht wohl behaupten können.

Wir werden uns also im folgenden der institutionell-volkswirtschaftlichen Einteilungsmethode bedienen und zwar zunächst einmal ohne Rücksicht darauf, ob eine Einteilung des Wirtschaftskampfes nach diesem Gesichtspunkte für die wett-

bewerbsrechtliche Beurteilung von Kampfaktionen furchtbar sein wird.

4. Der gewerbliche Wettbewerb als Auslesekampf (Leistungsprinzip)

Darüber, daß der gewerbliche Wettbewerb im Sinne der klassischen Wirtschaftslehre Auslesekampf und nicht schlechthin Wirtschaftskrieg ist, kann kein Zweifel obwalten. Ebenso unbestritten ist aber auch die Beschaffenheit der spezifischen Kampftugend, die nach diesem Wirtschaftssystem über Sieg und Niederlage entscheiden soll. Und zwar ist diese spezifische Kampftugend der freien Wettbewerbswirtschaft die ehrliche und echte wirtschaftliche Leistungskraft. Der Sinn des gewerblichen Wettbewerbs als einer Institution der sozialen Wirtschaftsordnung ist die Züchtung wirtschaftsberuflicher Höchstleistungen und zwar gleichzeitig zum Zwecke einer rationalen Organisation des Wirtschaftsprozesses wie zum Zwecke der Gewährleistung einer gerechten Berufsauslese. D. h. der gewerbliche Wettbewerb ist gleichzeitig ein Instrument der Wirtschaftsorganisation wie ein Instrument der wirtschaftlichen Berufsordnung.

Aus dieser Erkenntnis des Sinnes des Wettbewerbskampfes aber folgt, daß nur ein solches Kampfverhalten mit dieser Art von Wirtschaftskampf vereinbar ist, bei dem die Vereitelung fremder Geschäftsabschlüsse durch die Entfaltung eigener besserer Leistungskraft zustande gebracht wird, mit anderen Worten nur ein solches Kampfverhalten, dessen Erfolgsmittel in der rein psychologischen Einwirkung auf den freien Willen des Kunden durch vergleichsweise Zurschaustellung der Ergebnisse der eigenen ökonomischen Leistungskraft besteht. Wir können uns zur Kennzeichnung dieses Kampfverhaltens der neuerdings von Nipperdey für die wettbewerbsrechtliche Forschung fruchtbar gemachten Bezeichnung: „Leistungswettbewerb"[1]) bedienen und feststellen, daß unter gewerblichem Wettbewerb im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne nur der echte Leistungswettbewerb zu verstehen ist.

5. Der Begriff des Monopolkampfes

Nunmehr aber lassen sich alle denkbaren Methoden wirtschaftlicher Kampfführung in zwei große Gruppen sondern: Einmal in solche Methoden, die den Anforderungen genügen, die an den Begriff des „Leistungswettbewerbs" zu stellen sind, und zweitens in solche Methoden, bei denen dies nicht der Fall ist. Diese zweite Gruppe bezeichnen wir im folgenden kurz als „Nichtleistungskampf".

---

[1]) S. Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, a. a. O. S. 140.

In diesem Einteilungsschema findet nun aber auch der Monopolkampf seine ihm zukommende und klar umgrenzte Stelle, und zwar eine Stelle unter den Unterarten des Nichtleistungskampfes. Wir können uns genauer ausdrücken und sagen: Monopolkampf ist Nichtleistungskampf zum Zweck der Eroberung oder Verteidigung einer Monopolstellung gegen Außenseiter.

Damit ist nun auch klargestellt, daß echter Leistungswettbewerb niemals Monopolkampf sein kann, d. h. auch dann nicht, wenn sein erfolgreicher Austrag für den Sieger zur Begründung einer Monopolstellung führen und dieser Erfolg beabsichtigt sein sollte. Es ist ferner klargestellt, daß es neben dem Monopolkampf auch noch andere Spielarten von Wirtschaftskampf gibt, die nicht dem Leistungswettbewerb zuzurechnen sind, daß also Wettbewerb und Monopolkampf nicht gleichrangige Begriffe sind, sondern daß sich der Monopolkampf lediglich als eine durch den Hinzutritt eines besonderen subjektiven Tatbestandselementes (des monopolistischen) gekennzeichnete Unterspielart des Nichtleistungskampfes darstellt.

6. Arten des Nichtleistungskampfes

Vom nationalökonomischen Standpunkte ist also an eine wirtschaftliche Kampfhandlung nur eine Forderung zu stellen, nämlich die Forderung, daß die zur Abschlußvereitelung angewendete Kampfmethode mit dem Leistungsprinzip vereinbar sein muß. Und es gibt von diesem Standpunkte aus gesehen nur einen Verstoß, nämlich die Anwendung einer Kampfmethode, die mit dem Leistungsprinzip in Widerspruch steht.

Zu den mit dem Leistungsprinzip unverträglichen Kampfhandlungen gehören nun zunächst einmal diejenigen, die der Sprachgebrauch des wirtschaftlichen Verkehrs als „unlautere" oder „unfaire" Wettbewerbshandlungen bezeichnet und die auch von der herrschenden deutschen Rechtslehre und von der deutschen Rechtsprechung bisher (und zwar allein) als unlautere und sittenwidrige Kampfmaßnahmen angesprochen worden sind. Es sind dies diejenigen Fälle, in denen sich der Angreifer die Gunst des Kunden durch eine gegen die allgemeinen Gesetze und Sittengebote verstoßende Handlung verschafft hat, also nicht durch einen Leistungsvorsprung, sondern durch einen Vorsprung an rechtlicher und moralischer Skrupellosigkeit. Die Spekulation geht hier dahin, daß der Bekämpfte als anständig und rechtlich denkender Unternehmer den Angriff nicht mit den gleichen Methoden zu erwidern imstande sein werde. Vor allem ist es das Arbeiten mit dem Mittel der Täuschung (lügnerische Anpreisung eigener, Verleumdung fremder Leistungen, Ausnützung von Verwechslungsmöglichkeiten oder fremder Arbeit usw.), das

sowohl von der Wirtschaft wie von der Rechtstheorie als besonders sittenwidrig empfunden wird.

Unter denjenigen Kampfhandlungen, die nicht unter diesen gangbaren und eingespielten Begriff des „unlauteren Wettbewerbs“ fallen, findet sich jedoch eine beachtliche Gruppe von Maßnahmen, die gleichfalls den Anforderungen des Leistungswettbewerbs nicht genügen. Und zwar handelt es sich hier vor allem um solche Kampfmethoden, die auf eine Schwächung der Leistungskraft des leistungsfähigeren Rivalen abzielen, ohne daß einerseits eine entsprechende eigene Leistungsanstrengung aufgewendet, andererseits geradezu mit allgemeinen Gesetzes- bzw. Sittenübertretungen oder mit Täuschungen gearbeitet wird. Hierher gehören alle Methoden wirtschaftlicher Einschüchterung und wirtschaftlichen Zwanges, ferner alle jene Maßnahmen, die Nipperdey unter der Bezeichnung „Behinderungswettbewerb“ verstanden wissen will, also Sperren, Exklusivverträge, positive oder negative Verrufserklärungen durch schwarze oder weiße Listen, Revers- und Treurabattsysteme, kurz jede Art von störender Einflußnahme auf irgendwelche Geschäftsbeziehungen des Rivalen. Endlich aber gehört hierher, wie noch des näheren zu begründen sein wird, auch noch das sogenannte Unterpflügen des Gegners durch systematische Kampfpreise.

Allen diesen Zuwiderhandlungen gegen das Leistungsprinzip, gleichgültig, ob sie bisher von den Gerichten oder von dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden beanstandet worden sind oder nicht, ist nun aber ein und dieselbe volkswirtschaftliche Wirkung gemeinsam: Sie alle stören die Auslese- und die ökonomische Organisationsfunktion der Wettbewerbsinstitution. Eine je größere Bedeutung diese Zuwiderhandlungen innerhalb des Gesamtkampfes gewinnen, in desto unvollkommenerer Weise erzeugt das Wettbewerbsverfahren den ihn im Rahmen einer freien Wirtschaftsordnung zugemuteten ökonomischen und sozialen Gesamteffekt. Man hat denn auch den Charakter dieser Störungen sehr treffend durch ein Bild aus dem Bereiche der Technik anschaulich gemacht und gesagt, sie wirkten ähnlich, wie wenn Sand in eine Maschine komme.

7. Der Einfluß des subjektiven Kampfzweckes auf die objektive Beschaffenheit des Leistungskampfes und des Nichtleistungskampfes

Wir haben in den vorstehenden Untersuchungen festgestellt, daß der institutionelle Sinn des gewerblichen Wettbewerbskampfes nur da gewahrt bleibt, wo der Kampf in der Form des reinen Leistungswettbewerbs ausgetragen wird, daß er aber eine Verfälschung erfährt, sobald die Beteiligten zum Nichtleistungskampfe übergehen. Beide Aussagen gelten unbedingt und uneingeschränkt und werden in

ihrer grundsätzlichen Richtigkeit in keiner Weise von der subjektiven Tatbestandsseite her berührt. D. h. der Leistungswettbewerb steht auch dann im Einklang mit dem institutionellen Sinne dieser Kampfveranstaltung, wenn er im Dienste des Monopolzweckes betätigt wird, und der Nichtleistungskampf steht mit diesem Sinne im Widerspruch, selbst wenn er in Verbindung mit dem normalen Wettbewerbsinteresse auftritt.

Eine andere Frage ist aber, ob der Grad des Funktionierens des Leistungsprinzips im Sinne der Institution durch den Hinzutritt eines wettbewerbsfremden Kampfzweckes, also insbesondere des Monopolzweckes, gemindert, bzw. ob der Grad der Störungswirkung des Nichtleistungskampfes durch den Hinzutritt solcher Kampfzwecke verstärkt wird.

a) Einfluß des Kampfzweckes auf die soziale Nutzenwirkung des Leistungswettbewerbes

Das Funktionieren einer Leistungswettkampfveranstaltung wird in gradmäßiger Hinsicht nur von einem einzigen subjektivem Umstande beeinflußt, nämlich von dem Grade der aufgewendeten Kampfenergie und Kampfintelligenz. Jeder denkbare Kampfzweck, den sich die Beteiligten etwa setzen mögen, interessiert daher nur unter dem Gesichtspunkte, ob er die Kampfenergie anspornt oder ob er sie erlahmen läßt. Die Richtung dieser Kampfenergie wird dagegen durch den Wechsel der Kampfzwecke niemals und unter keinen Umständen berührt. Denn der Leistungswettkampf kann nur dadurch erfolgreich geführt werden, daß der Kämpfende seine wirtschaftlichen Tugenden nach Kräften entfaltet. Das Ausmaß dieser vom System gewünschten Kraftentfaltung hängt aber ausschließlich von der Größe des Kampfehrgeizes, nicht dagegen von dem Ziel dieses Ehrgeizes ab. Jede Zwecksetzung, die den Kampfehrgeiz anfacht, ist willkommen, jede, die ihn lähmt, unwillkommen.

Der monopolistische Kampfzweck gehört infolgedessen (— immer unter der Voraussetzung, daß er sich des echten Leistungswettbewerbes bedient —) zu den willkommenen Kampfzwecken, denn ein Leistungswettkämpfer, vor dem das Wunschbild des Monopolbesitzes auftaucht, wird seinen echten Leistungsvorsprung so zu steigern trachten, daß die Rivalen das Rennen aufgeben und ihm das Feld allein überlassen müssen. Erst wenn er dieses Ziel erreicht hat, wird sein Leistungsehrgeiz erlahmen und ein Zustand entstehen, der dem Recht und der Gesellschaft ein besonders und schwieriges Problem stellt. Solange er aber noch um dieses Ziel kämpfen muß, tut er nichts anderes, als was das Recht und die Gesellschaft von ihm verlangen, d. h. er leistet seinen Beitrag zum allgemeinen Wirtschaftsfortschritt mit der höchsten Energie und reizt damit zugleich seine Rivalen, mit dieser Energie nach Kräften Schritt zu halten. Das gleiche ist der Fall, wenn bei

dem einen oder dem anderen Leistungswettbewerber das private Gewinnstreben in ungehemmte Geldgier ausartet oder wenn der eine oder andere aus dämonischer Menschenfeindschaft handelt. Selbst die verwerflichste Zwecksetzung vermag aus der Tugend der echten wirtschaftlichen Leistungsanspannung keine Untugend zu machen; wer sich darauf beschränkt, nur mit dem Einsatze seiner Leistungskraft um die Gunst des Marktes zu werben, den respektiert das Recht und das System der freien Verkehrswirtschaft selbst im schlimmsten Falle, — d. h. im Falle, daß er damit dunkle Absichten verfolgt, — als einen „Teil von jener Kraft, die stets das Böse will und stets das Gute schafft".

b) Einfluß des Kampfzweckes auf die soziale Störungswirkung des Nichtleistungskampfes

aa) Problemstellung

Das System der freien Verkehrswirtschaft ähnelt einem großen Preisausschreiben: Die Unternehmer werden aufgefordert, wirtschaftliche Leistungen bereitzustellen, und diejenigen, die mit ihren Leistungen den Geschmack des Marktes am besten erraten und die beste Qualität mit dem geringsten Aufwande erzielen, erhalten eine Prämie. Über die Zuerkennung und Verteilung dieser Prämien entscheidet der M a r k t, und zwar (— solange sich die Beteiligten korrekt verhalten —) unter Ausschluß des Rechtsweges. Dagegen kann die Entscheidung des Marktes in denjenigen Fällen einer richterlichen Nachprüfung unterzogen werden, in denen sie durch andere Momente als durch die Bereitstellung und Anpreisung eigener wirtschaftlicher Leistungen, die dem echten eigenen wirtschaftlichen Leistungskampf entsprechen, beeinflußt worden ist (Streitigkeiten des Wettbewerbsrechtes). Zweck des Preisausschreibens ist, möglichst viele Menschen an der quantitativ reichlichsten, qualitativ vortrefflichsten und preismäßig billigsten Versorgung des Marktes zu interessieren und gleichzeitig jeden Anbieter nach seinem wahren ökonomischen Verdienst in gerechter Weise zu entlohnen.

Wie jeder Veranstalter eines Preisausschreibens rechnet auch die Wirtschaftsordnung, die das System der freien Verkehrswirtschaft zum Range einer Wirtschaftsverfassung erhebt, in erster Linie mit der psychologischen Anreizwirkung der ausgelobten Prämien und Preise. Der Mensch will leben und ist infolgedessen darauf angewiesen, Geld zu verdienen. Er kann Geld verdienen, wenn er sich an dem Preisausschreiben der Wirtschaftsordnung mit Erfolg beteiligt. Infolgedessen hat er im eigensten Interesse alle Veranlassung, diejenigen Anstrengungen zu machen, die das Preisausschreiben ihm zumutet.

Der Wirtschaftsordnung kommt es jedoch nur darauf an, daß diese Anstrengungen gemacht werden, nicht aber darauf, daß sie gerade des ausgelobten Preises wegen gemacht werden. Wer aus

staatsbürgerlichem Bedürfnis an gemeinnütziger Wirtschaftsbetätigung seinen Beitrag zum allgemeinen Wirtschaftsfortschritt leistet und die Prämie lediglich als Bestätigung der objektiven Nützlichkeit seines Verhaltens entgegennimmt, ist in einer freien Verkehrswirtschaft eine hochwillkommene Erscheinung. Ja, man kann sagen, daß diese subjektive Einstellung diejenige Einstellung ist, die dem objektiven Sinne des Systems am besten entspricht, wie ja überhaupt jene innere Haltung, die jedes subjektive Recht, jede Rechtsanwartschaft und Rechtschance als anvertrautes Pfund auffaßt, das im Interesse der Gemeinschaft zu verwalten ist, als die einzig wahrhaft sinngemäße Haltung anerkannt werden muß. Auch der individuelle Wettbewerb kann also in sozialem Geiste betätigt werden, so gut wie die Verwaltung des individuellen Eigentums oder die Ausübung der (individualvertraglich begründeten) Herrschaft über die Arbeitskraft von Dienstverpflichteten.

Die Ordnung der freien Verkehrswirtschaft rechnet indessen nicht mit diesem höchsten Grade subjektiver Sozialtugend. Es genügt ihr, daß dasjenige Verhalten, das sie für eine Tugend erklärt, objektiv betätigt wird, und sie versucht daher, sicherheitshalber einen etwas allgemeiner verbreiteten menschlichen Trieb, auf den man mit größerer Zuverlässigkeit zählen kann, nämlich den individuellen Selbsterhaltungs- und Existenzverbesserungstrieb, an der Entfaltung dieser objektiven Tugend zu interessieren. Ja sie treibt, wie wir gesehen haben, den realistischen Zynismus so weit, daß ihr auch verächtliche und verdammenswerte Motivationen willkommen sind, sofern diese Motivationen nur das von ihnen besessene Individuum veranlassen, die gewünschte objektive Tugend zu betätigen. D. h. es ist ihr gleichgültig, ob sich der Unternehmer deshalb anstrengt, weil er es auf die Prämie abgesehen hat, oder aber deshelb, weil er diese Prämie anderen nicht gönnt.

Für den Normalfall rechnet das System der freien Wirtschaft aber, wie gesagt, mit dem individuellen Gewinnstreben, d. h. mit einem Triebe, der, ohne zu den vortrefflichen, aber auch ohne zu den unmoralischen Motiven zu gehören, im Durchschnittsmenschen in hinlänglicher Stärke ausgebildet zu sein pflegt, um ihn zum Handeln zu bewegen.

So gleichgültig aber die Ordnung der freien Verkehrswirtschaft dem Motiv des Handelns gegenübersteht, so empfindlich ist sie in bezug auf die objektive Beschaffenheit dieses Handelns selbst. Dieses Handeln *muß unter allen Umständen den Anforderungen des reinen Leistungsprinzips entsprechen.* Und wenn der Wirtschaftsordnung deshalb jedes Motiv, jede Zwecksetzung (auch die verwerflichste) recht ist, die reinen Leistungswettbewerb zu erzeugen vermag, so gilt *auf der anderen Seite ihr Kampf jedem Motiv und jeder Zwecksetzung (auch der vortrefflichsten), die geeignet sein könn-*

ten, den Unternehmer zur Abkehr vom Leistungsprinzip zu verleiten.

Nun liegen aber die Dinge so, daß das Streben nach der Prämie den anstrengenden Umweg über die Betätigung echter Leistungskraft nur nimmt, wenn dieser Umweg zugleich der Weg des geringsten Widerstandes ist. Die Rechtsordnung einer freien Verkehrswirtschaft muß infolgedessen bestrebt sein, diesen Umweg über die echte Leistungsbetätigung nach Möglichkeit zu glätten, jeden anderen Weg aber, vor allem aber alle etwa in Betracht kommenden Abkürzungswege nach Möglichkeit zu verbauen und ungangbar zu machen. Wenn wir den Besitz der Prämie als das eigentliche und typische Kampfziel des Wettbewerbers bezeichnet haben, so ist es also Aufgabe der Wettbewerbsordnung, jedem Beteiligten, der dieses wettbewerbliche Kampfziel anstrebt, in die Notwendigkeit zu versetzen, zu diesem Behufe einzig die Methode des echten Leistungswettbewerbes anzuwenden. Diese Aufgabe ist, wie noch darzulegen sein wird, nicht so leicht, wie sie sich die theoretischen Begründer des Systems vorgestellt haben.

Noch schwerer wird aber die Aufgabe da, wo das Streben nach der Prämie gar nicht mehr das Motiv des wirtschaftlichen Kampfverhaltens ist, wo andere Kampfziele auftauchen, die mit dem Mittel der echten Leistungsanstrengung normalerweise nicht mehr wirksam verfolgt werden können. Denn solange die Prämie noch angestrebt wird, solange ist die Betätigung von Leistungswettbewerb doch immerhin stets noch einer von mehreren möglichen Wegen zum Ziel, und es genügt deshalb, wenn die Rechtsordnung gerade diesen Weg verlockend macht. Sobald aber ein Ziel angestrebt wird, das auf diesem Wege gar nicht verwirklicht werden kann, muß die Rechtsordnung mit einer viel monumentaleren Energie des Widerstandes gegen das Leistungsprinzip rechnen. Jede Ermunterung, die sie einer derartigen Zielsetzung zuteil werden läßt, setzt daher das Leistungsprinzip einer ernstlichen Gefährdung aus.

Dieses Problem wird namentlich dann aktuell, wenn die positive Rechtsordnung nicht jede Abkehr vom Leistungsprinzip mißbilligt, sondern sich damit begnügt, nur solche Fälle von Nichtleistungskampf für rechtswidrig zu erklären, die sich erfahrungsgemäß zur Prämienerzielung eignen. Eine solche Regelung ist also solange ausreichend, als das Streben nach der Prämie das beherrschende Motiv der Kämpfenden ist. In diesem Falle vermeidet der Kämpfer die verbotenen Methoden des Nichtleistungskampfes, weil an ihre Vornahme nachteilige Rechtsfolgen geknüpft sind, und vermeidet zugleich die erlaubten Methoden des Nichtleistungskampfes, weil sie ihn entweder überhaupt nicht oder aber weniger

leicht zum Ziele führen als die Methoden des echten Leistungswettbewerbs.

Sobald sich nun aber der Unternehmer eines jener anderen Kampfziele setzt, die mit den Methoden des echten Leistungskampfes nicht verwirklicht werden können, so wird er sich naheliegenderweise auf diejenigen Methoden des Nichtleistungskampfes stürzen, die das Recht zuläßt. Will die Rechtsordnung das System der freien Verkehrswirtschaft gegen diese Gefahr ernsthaft verteidigen, so stehen ihr nur zwei Möglichkeiten zu Gebote: Sie kann, erstens, ihre laxe Haltung gegenüber den bisher erlaubten Nichtleistungstatbeständen aufgeben und diese Tatbestände ebenfalls verbieten, oder sie kann, zweitens, die Verwirklichung dieser Tatbestände für den Fall verbieten, daß sie im Dienste eines wettbewerbsfremden Kampfzieles erfolgt.

Wie sich die Rechtsordnung aber auch verhalten mag, so steht doch eines fest, daß sie nämlich, sobald Nichtleistungskampf in Frage kommt, das Moment der subjektiven kämpferischen Zwecksetzung nicht mehr ignorieren kann, wie ihr das im Falle des echten Leistungskampfes möglich ist. Denn während für die soziale Nutzenwirkung des Leistungskampfes nur der **Grad** der Kampfenergie von Bedeutung ist, wird die soziale Störungswirkung des Nichtleistungskampfes auch von der **Richtung** der Kampfenergie beeinflußt.

Dieser Satz gilt aber insbesondere von derjenigen Richtung, die der Kampfenergie speziell von der monopolistischen Zwecksetzung her mitgeteilt oder doch nahegelegt wird. Wenn also der Monopolkampf Nichtleistungskampf im Dienste des Monopolzweckes ist, so erhellt, daß für die Rechtsbetrachtung nicht nur der objektive Teil des Tatbestandes (d. h. die Unterscheidung von Leistungswettbewerb und Nichtleistungskampf), sondern auch seine subjektive Seite (d. h. die Unterscheidung zwischen monopolistischen und nichtmonopolistischen Kampfzielen) von Interesse ist.

Zur Verdeutlichung dieses Problems sei im folgenden auf die Zusamenhänge zwischen subjektivem Monopolzweck und objektiver Kampfgestaltung noch etwas näher eingegangen.

bb) Die von der Judikatur bisher mißbilligten Kampfzwecke

Zur Orientierung sei vorausgeschickt, daß sich die deutsche Rechtsprechung und Rechtslehre zum Behufe der Abgrenzung zwischen erlaubtem und nicht erlaubtem Wirtschaftskampfe nicht des institutionell-volkswirtschaftlichen, sondern vielmehr des allgemein-juristischen Gesichtspunktes bedient hat. D. h. sie mißbilligt nicht jede Art des Nichtleistungs-

kampfes, sondern nur diejenigen Nichtleistungstatbestände, bei denen ein Mittel angewendet worden ist, das auch außerhalb des Kampfzusammenhanges rechts- und sittenwidrig sein würde. Wir haben deshalb nach dem zur Zeit herrschenden Rechtszustande zwischen erlaubtem und nicht erlaubtem Nichtleistungskampf zu entscheiden.

In der Theorie hat die Judikatur bisher zwischen den Fällen des objektiv (d. h. in bezug auf die verwendeten Mittel) erlaubten Leistungswettbewerbs und denjenigen des objektiv erlaubten Nichtleistungskampfes keinen Unterschied gemacht, was die rechtliche Behandlung dieser Tatbestände anbetrifft. D. h. sie hat die Geltung der Grundsätze, die in bezug auf die subjektive Tatbestandsseite aufgestellt worden sind, in gleicher Weise für beide Tatbestandsgruppen postuliert. In der Praxis aber sind, wie insbesondere Nipperdey[1]) überzeugend nachgewiesen hat, diese einschränkenden Grundsätze nur in Fällen des objektiv erlaubten Nichtleistungskampfes angewendet worden. D. h. die Einschränkung, daß eine objektiv erlaubte Kampfhandlung bei Hinzutritt einer unerlaubten Zwecksetzung unzulässig werden könne, ist bisher nur in typischen Nichtleistungsfällen, und zwar in typischen Monopolkampffällen, wirksam geworden, während kein einziger Fall nachweisbar ist, in dem eine echte Leistungskampfhandlung ihres Zweckes wegen für unlauter erklärt worden wäre.

Was aber die von der Judikatur bisher mißbilligten Kampfzwecke anbetrifft, so befindet sich der Monopolzweck nicht unter ihnen. Die monopolistische Zwecksetzung ist vielmehr erlaubt. Der Monopolist darf also zum Zwecke seiner Monopolsicherung Nichtleistungskampf üben und ist in dieser Freiheit lediglich zwei Einschränkungen unterworfen: 1. Er darf sich nur „an sich" erlaubter Mittel bedienen, 2. er darf nicht die im Nichtleistungskampfe verbotenen Zwecke verfolgen (Vernichtungszweck, unverhältnismäßige Schädigung des Gegners).

Die gleiche Freiheit hat aber auch der Nichtmonopolist. Auch der nichtmonopolistische Wirtschaftskämpfer darf zum Nichtleistungskampfe schreiten und auch er ist in diesem Falle den beiden Einschränkungen unterworfen.

Die Frage, um die es sich hier handelt, lautet also dahin: Was kann der normale Wettbewerber und was kann der Monopolist mit dieser Freiheit anfangen? Und vor allem, welche Folgen entstehen für das System der freien Verkehrswirtschaft, wenn der normale Wettbewerber, und welche, wenn der Monpolist von dieser Freiheit den jeweils äußersten Gebrauch machen?

[1]) Wettbewerb und Existenzvernichtung, a. a. O. S. 142.

cc) Die Anwendbarkeit des Nichtleistungskampfes im Dienste normaler Wettbewerbszwecke

Im normalen gewerblichen Wettbewerb tritt der Nichtleistungskampf erfahrungsgemäß *fast ausschließlich in der Erscheinungsform des „unlauteren Wettbewerbs"* auf. D. h. in solchen Formen, die auch nach der herrschenden Rechtsauffassung und Rechtsauslegung verboten sind, weil die Mittel, die dabei angewendet werden, an sich schon vom Gesetze oder aber von der allgemeinen Sittenauffassung mißbilligt werden. Es sind dies, wie erwähnt, vor allem solche Tatbestände, bei denen der Leistungsschwächere den Markt durch *Täuschung* vom leistungsstärkeren Rivalen weglockt und zur Bevorzugung der eigenen, schlechteren Leistung veranlaßt.

Von den erlaubten Formen des Nichtleistungskampfes begegnen wir dagegen nur dem vorsätzlichen Kampf mit Preisen unter den Selbstkosten, und zwar vorwiegend in seiner defensiven Form (Anpassung an das Preisniveau des Angreifers). Die aggressive Form findet meist in *typischer* Ausgestaltung (Einführungs-, Lock- und Versilberungspreis) Anwendung, Fälle, die einer besonderen Untersuchung bedürfen. Nahezu völlig aber fehlen jene anderen Spielarten des erlaubten Nichtleistungskampfes, deren Wirkungsmittel *der Zwang auf den Markt oder die durch Schadenszufügung verursachte Verschlechterung der rivalisierenden Leistungskräfte* sind.

Fragen wir nach dem Grunde dieser Erscheinung, so lehrt eine einfache Überlegung, daß der Nichtleistungskampf mit erlaubten Mitteln und insbesondere der Nichtleistungskampf mit den zuletzt erwähnten Mitteln *keine Kampfmethode ist, die in der normalen Wettbewerbssituation zum Erfolge führt.*

Um z. B. einen leistungsfähigen Konkurrenten durch *sperrähnliche Lahmlegungsmanöver* hinreichend schwächen zu können, bedarf der Angreifer entweder der Unterstützung maßgebender Lieferanten- oder Abnehmer- oder Kreditgebergruppen oder aber der eigenen Verfügungsgewalt über die von seinem Gegner benötigten Wirtschaftsgüter. Beides aber ist dem normalen Wettbewerber in der Regel unerreichbar. Es bleibt die Möglichkeit, dem einen oder anderen Rivalen im einen oder anderen *Ausnahmefalle* die Beschaffung eines dringend benötigten Produktionsmittels, einer dringend benötigten Warensendung, eines dringend benötigten Kredits unmöglich zu machen.

Ähnlich verhält es sich mit der Möglichkeit, die Leistungskraft des Gegners systematisch durch sogenannte *Kampfpreisfeldzüge* zu unterpflügen. Denn der leistungsfähigere Rivale kann einen derartigen Angriff — schon infolge seiner höheren Leistungskraft — länger aushalten als der leistungsschwächere Angreifer

selbst, es sei denn, daß eine zufällige Konstellation den Angegriffenen noch vor der Selbsterschöpfung des Angreifers zu Fall bringt. In der Regel aber fehlen dem normalen Wettbewerber die Finanzierungsmöglichkeiten für diese kostspieligste aller Kampfmethoden.

Die Anwendbarkeit der rechtlich erlaubten Nichtleistungskampfarten beschränkt sich also im normalen Wettbewerb auf Gelegenheitsaktionen. Auch die Methode, solche ausnahmsweisen Gelegenheiten planmäßig aufzuspüren, um sie dann in jedem sich bietenden Falle entsprechend auszunützen, würde einen solchen Grad von detektivartiger Aufmerksamkeit auf die jeweilige Geschäftslage aller beachtlichen Konkurrenten und damit einen solchen Zeit- und Müheaufwand erfordern, daß sie für den praktischen Gebrauch nicht in Betracht kommt.

dd) Die Anwendbarkeit des Nichtleistungskampfes im Dienste des Monopolzweckes

Fassen wir nunmehr die Kampfverhältnisse ins Auge, die wir im typischen Monopolkampfe in der Praxis beobachten können, so machen wir die eigenartige Entdeckung, daß hier die Dinge genau umgekehrt liegen wie beim normalen Wettbewerbsgeschehen: Der Fall des offen unlauteren Wettbewerbs, d. h. die Anwendung offen anrüchiger und insbesondere schwindelhafter Mittel, gehört hier zu den größten Seltenheiten, während uns der Tatbestand des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln — so die zwangsweise Einschüchterung des Marktes, so die Ruinierung der rivalisierenden Leistungskraft, so die Unterpflügung der Gegner durch Kampfpreisfeldzüge — auf Schritt und Tritt begegnet.

Über das Fehlen unfairer Manipulationen brauchen wir uns nicht zu verwundern. Es erklärt sich zwanglos aus der Tatsache, daß sowohl Einzelunternehmer, denen infolge ihrer Marktbedeutung eine Monopolstellung überhaupt erreichbar ist, wie auch Organisationen, die ganze Gewerbezweige umfassen, nicht zu jener Schicht von Geschäftsleuten zu gehören pflegen, die ihren Vorteil durch Gesetzes- und Sittenverstöße von so typisch kleinbürgerlichem Gepräge zu erlisten gewohnt sind.

Um so mehr verdient aber jene andere Tatsache unsere Neugierde, nämlich die Tatsache, daß der Monopolkämpfer ganz offenbar in der Lage ist, im Wirtschaftskampfe Methoden anzuweiden —, und zwar im breitesten Umfange und mit Erfolg anzuwenden —, die dem normalen Wettbewerber entweder überhaupt nicht oder nur unter günstigen Ausnahmebedingungen zugänglich sind. Diese Tatsache erscheint um so erstaunlicher, als sich ja der Monopolkämpfer von dem normalem Wettbewerber zunächst nur in bezug auf seine kämpferische Zielsetzung unterscheidet. Wie aber ist es möglich, daß eine bloße Auswechselung des Kampfzweckes den wirtschaftenden Menschen plötzlich zum Herrn und Gebieter über ein enormes Waffenarsenal macht.

nach dessen großkalibrigen Beständen er, solange er noch bescheiden seinem Wettbewerbsgewinne nachging, nur sehnsüchtig schielen konnte?

Die Erklärung für diese Wendung der Dinge haben wir in der Tatsache zu suchen, daß die zusätzlichen Gewinnmöglichkeiten eines monopolisierten Marktzustandes (— mögen sie nun tatsächlich oder nur in der Einbildung bestehen —) nicht nur auf den monopolanstrebenden Wirtschaftszweig sondern auch auf die mit diesem Wirtschaftszweig in Verbindung stehenden Wirtschaftsgruppen (mit Ausnahme derjenigen Gruppe, gegen deren Marktinteresse sich die Monopolisierung unmittelbar richtet, d. h. aber vornehmlich der Gruppe der Abnehmer) eine hohe Anziehungskraft äußern. Lieferanten- und Hilfsgewerbe erhoffen sich Vorteile aus der zu vermutenden Steigerung der Kaufkraft des monopolisierten Gewerbezweiges, Kreditinstitute erwarten eine höhere Verzinsung der in diesem Zweige angelegten Kapitalien, und auch der in dem betreffenden Gewerbe beschäftigte Teil der Arbeiter zeigt sich nicht selten aus lohnpolitischen Gründen an der Monopolisierung interessiert. Damit aber eröffnen sich demjenigen, der einen Monopolkampffeldzug in Szene zu setzen wünscht, alle jene Hilfsquellen, die dem bloß in seinem isolierten Gewinninteresse tätigen Wettbewerber nicht zu Gebote stehen. D. h. es finden sich Lieferanten- und sonstige Wirtschaftsgruppen, die bei der Durchführung von Sperrmaßnahmen bundesgenössische Helferdienste leisten, und es finden sich Kreditinstitute, die bereit sind, die vorauszusehenden Kampfverluste und Kampfkosten, z. B. eines Kampfpreisfeldzuges oder sogenannter Abriegelungskämpfe, in der Erwartung späterer Monopolgewinne zu finanzieren. Ferner gewinnt diese Art des Wirtschaftskampfes die ideologische und moralische Unterstützung aller derjenigen sozialen und weltanschaulichen Gruppen, die in der Abkehr von der Konkurrenzwirtschaft und in der Hinneigung zur gruppenmäßigen Monopolisierung („Regelung", „Ordnung", „Organisation") der Märkte den Übergang zu einer höheren und vollkommeneren Wirtschaftsform erblicken.

Eine zweite Erweiterung der zusätzlichen Hilfsquellen tritt ein, sobald der Monopolkämpfer selbst auf dem Markte einen tatsächlich monopolistischen Herrschaftseinfluß gewonnen hat. Denn von diesem Augenblick an ist er nämlich in der Lage, auch seine natürlichen Gegeninteressenten, die Abnehmer, zur Leistung kämpferischer Gefolgshilfe gegen seine Außenseiter zu zwingen, indem er diejenigen Abnehmer, die auch mit Außenseitern Geschäftsverbindungen unterhalten, die aber trotzdem zur Deckung ihres Gesamtbedarfes auch auf die Leistungen des Monopolisten angewiesen sind, entweder überhaupt nicht oder aber zu entsprechend höheren Preisen beliefert (Treurabattsystem). Er ist ferner in der Lage, die Kosten zur kampfpreisartigen

Unterpflügung von Außenseitern auf lokal begrenzten Märkten aus seinen Monopolgewinnen auf den unbestrittenen Märkten herauszuwirtschaften oder aber sie nachträglich herauszuwirtschaften, sobald er durch Niederkonkurrieren seiner Außenseiter Monopolist geworden und den Markt entsprechend zu besteuern in der Lage ist. In diesem letzteren Falle kommt es dem Monopolkämpfer zugute, daß er nicht, wie der normale Wettbewerber, darauf angewiesen ist, schon aus seinen Kampfaktionen selbst einen privatwirtschaftlichen Gewinn zu ziehen, daß er m. a. W. seinen Gewinn nicht im Kampfe selbst suchen muß, sondern ihn erst von dem Marktzustande erwartet, der eintritt, wenn er gesiegt hat, d. h. aber wenn überhaupt kein Kampf mehr herrscht. Er kann also den Kampf von Anfang bis zu Ende mit Verlust führen, ein Verhalten, das im normalem Wettbewerb (— der ja niemals ein Ende findet —) durchaus selbstmörderisch sein würde. Selbst der Unternehmer des berühmten Schulbeispiels, der eine reiche Erbschaft dazu benützt, um seine Konkurrenten zu unterbieten, wird sich, sobald das Erbe vertan ist, wieder in die Notwendigkeit versetzt sehen, mit Preisen zu kämpfen, die für ihn selbst rentabel sind. Nur wer auf das Ende der Wettbewerbswirtschaft auf seinem Markte spekuliert, kann im Wirtschaftskampfe selbst mit Handlungen kämpfen, die ihm selbst Schaden bringen, und trotzdem einen Sieg erfechten, der diese Kosten und Verluste lohnt.

ee) Die Wirkung des nichtmonopolistischen Nichtleistungskampfes auf das System der freien Verkehrswirtschaft

Der Nichtleistungskampf des normalen Wettbewerbers hat ausgesprochenen Gelegenheitscharakter. Dies gilt nicht nur für die Fälle des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln, für die wir es schon oben ausdrücklich festgestellt haben, sondern auch für die Fälle des normalen „unlauteren Wettbewerbs". In diesen Fällen hat nämlich der Angreifer nicht nur eine Verurteilung zu gewärtigen, wenn er vor Gericht gezogen wird, sondern er hat auch mit der sehr großen Wahrscheinlichkeit zu rechnen, daß er vor Gericht gezogen wird, sobald er die Unlauterkeit systematisch betreibt. In bezug auf diese Spezies von Nichtleistungskampf versteht die Wirtschaft keinen Spaß, und die Verfolgung und Bekämpfung solcher Tatbestände ist vielfach sogar verbandsmäßig organisiert. Es kommt dazu, daß auch außerhalb der Wirtschaft niemand mit einer derartigen Verhaltensweise sympathisiert; die öffentliche Meinung lehnt sie — mit Recht — schroff ab, wie denn überhaupt das Anrüchige bei Manipulationen speziell schwindelhaften und unredlichen Charakters offen zu Tage zu liegen pflegt.

Trotzdem finden natürlich jeden Tag Wettbewerbsverstöße unerlaubter Art statt und auch Fälle des Nichtleistungskampfes mit

erlaubten Mitteln kommen vor. Ein idealer Wettbewerbszustand, bei dem jeder Beteiligte nur seine echte Leistungskraft einsetzt, ist eben im realen Leben nicht zu verwirklichen, und infolgedessen vollzieht sich der Wirtschaftsprozeß in einer freien Verkehrswirtschaft auch nicht genau nach den Gesetzmäßigkeiten, die von der Theorie festgestellt worden sind. Auch die Berufsauslese wird gestört, indem allerorten Nichtleistungskämpfer Erfolge erzielen, die ihnen nach der strengen Regel des Systems nicht zukommen. So viele Nichtleistungsakte aber betätigt werden, so viele Durchkreuzungsfolgen treten im Systeme ein.

Diese Durchkreuzungsfolgen berühren jedoch die ideale Gesetzmäßigkeit des wettbewerblichen Einspielungsprozesses nur unwesentlich und nur in lokal wie zeitlich begrenzter Beziehung, solange die Nichtleistungstatbestände ausgesprochenen Gelegenheitscharakter aufweisen und nur einen unerheblichen Bruchteil aller Wettbewerbshandlungen ausmachen. Mag auch in solchen Fällen der Nachteil für die Nächstbetroffenen zuweilen empfindlich spürbar sein, die Wirtschaft im ganzen wird dadurch nicht desorganisiert. Die Störungswirkung, die von den summierten Fällen wettbewerblichen Nichtleistungskampfes ausgeht, kann man daher am besten als Reibungswirkung bezeichnen. In der volkswirtschaftlichen Diskussion pflegt man — wie schon erwähnt — in einem glücklichen Vergleiche vom „Sand in der Maschine" zu sprechen.

Wenn man vollends von den Störungswirkungen absieht, die von dem trotz aller Strenge nicht zu verhindernden „unlauteren Wettbewerb" ausgehen, und sich allein mit den Störungswirkungen befaßt, die von solchen Nichtleistungsaktionen verursacht sein mögen, die zur Zeit von der Rechtsprechung für zulässig erklärt werden, so wird man sagen können, daß die Folgen dieser juristischen Verwässerung des Wettbewerbsbegriffes kaum ins Gewicht fallen, solange es nichtmonopolistische Wettbewerber sind, die aus ihr Nutzen ziehen. Das Wirtschaftsleben nimmt von der Preisgabe des Leistungsprinzips durch das Recht keine Notiz, weil das Leben selbst das Leistungsprinzip verteidigt und dafür sorgt, daß sich der Verkehr in den von der Rechtsordnung geräumten Bollwerken des Systems nicht festsetzen kann.

ff) Die Wirkung des monopolistischen Nichtleistungskampfes auf das System der freien Verkehrswirtschaft

Da der Monopolist, wie wir gesehen haben, in der Lage ist, sich des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln in breitem Umfange zu bedienen, so folgt zunächst, daß sich der Anteil des Nichtleistungskampfes im Rahmen des gesamten wirtschaftlichen Kampfgeschehens in dem Maße erhöht, als sich die monopolistischen Tendenzen in der Wirtschaft ausbreiten und mittels Monopolkampf verteidigt und durchgesetzt werden. Umgekehrt aber erfahren auch diese Monopoltendenzen wiederum dadurch eine mächtige Förderung,

daß das Recht gewisse Arten des Nichtleistungskampfes erlaubt. Das Verhältnis zwischen Nichtleistungskampf und Leistungswettbewerb verschiebt sich zuungunsten des Leistungswettbewerbes, und diese Verschiebung hat selbstverständlich zur Folge, daß die vom Nichtleistungskampfe ausgehende Reibungswirkung stärker fühlbar wird.

Die nachteilige Wirkung dieser mengenmäßigen Vermehrung der Nichtleistungsaktionen wird jedoch weit in den Schatten gestellt durch die Störungswirkungen, die auf den Umstand zurückzuführen sind, daß der monopolistisch betätigte Nichtleistungskampf nicht mehr den Charakter zusammenhangsloser Gelegenheitsaktionen hat. Der Hinzutritt des monopolistischen Kampfzweckes organisiert nämlich den Nichtleistungswettbewerb und zwingt die zerstreuten Einzelaktionen in eine gemeinsame Stoßrichtung. Es handelt sich also beim Monopolkampf um einen organisierten revolutionären Angriff auf das zentrale Ordnungsprinzip der freien Verkehrswirtschaft selbst. Die Wirkung, die vom organisierten Monopolkampfe ausgeht, ist deshalb auch nicht mehr eine bloße Reibungswirkung, sondern vielmehr eine Gegenwirkung, eine Sabotagewirkung.

Um sich von dem Ernste dieser Gefahr und von der Bedeutung des Problems, das diese Gefahr der Rechtsordnung und der Rechtsauslegung stellt, zu überzeugen, ist es notwendig, sich nochmals alle jene schon erwähnten Sachverhalte zu vergegenwärtigen, die den Nichtleistungskampf in der Hand des Monopolisten zu einem Instrumente der Systemzerstörung machen:

Erstens: Das Ziel der monopolistischen Marktbeeinflussung ist ein monumentales Ziel; d. h. der Gewinn wird nicht mehr durch Wahrnehmung einzelbetrieblicher Aufstiegschancen und durch Verbesserung der eigenen beruflichen Position im Rangverhältnisse aller Gewerbegenossen gesucht, sondern vielmehr im Wege der Unterwerfung des gesamten Marktes und seiner herrschaftsmäßigen Besteuerung.

Zweitens: Das Ziel der monopolistischen Marktbeeinflussung ist ferner ein typisches Ziel; d. h. es liegt dem vom privaten Gewinnstreben beseelten Unternehmer in der freien Verkehrswirtschaft — die ja dieses Gewinnstreben zur legalen Energiequelle des gesamten Wirtschaftsprozesses erhebt — psychologisch nahe, weil der Besitz von monopolistischem Markteinfluß einen mühelosen Mehrgewinn oder doch eine erleichterte Existenzsicherung verspricht. Das Monopolgewinnstreben ist also latent in der gesamten freien Wirtschaft lebendig und es wird daher überall da in einen Zustand akuter Virulenz treten, wo objektive Aussichten bestehen, einen Monopolzustand zu verwirklichen.

Drittens: Das Monopolgewinnstreben ist darauf angewiesen, sich des Nichtleistungskampfes zu bedienen, da das Aufrücken zum Monopolisten im Wege erfolgreichen Wettbewerbs im realen Wirtschaftsleben praktisch so gut wie unmöglich ist.

Viertens: Das Monopolgewinnstreben aller führt dem Monopolkämpfer die Hilfskräfte und Hilfsgruppen zu, deren er bedarf, um Nichtleistungkampf mit erlaubten Mitteln führen zu können, eine Möglichkeit, die durch faktischen eigenen Monopolbesitz noch gesteigert wird.

Fünftens: Das Monopolgewinnstreben bemächtigt sich des Nichtleistungskampfes mit erlaubten Mitteln für seine Zwecke und gestaltet ihn, unter dem Beistande hoch qualifizierter Rechtsberater, zu einer geradezu wissenschaftlich verfeinerten und verfestigten Kriegskunst aus.

Dazu kommt, daß die öffentliche Meinung auf die Betätigung von Zwang, Gewalt, Blockade-, Lahmlegungs-, Störungs- und Vernichtungsmethoden viel weniger empfindlich reagiert, als auf die Betätigung von List. Die monumentale Beschaffenheit des monopolistischen Zieles, die Gewaltsamkeit und kriegsmäßige Färbung des monopolistischen Nichtleistungskampfes finden vielmehr allenthalben Sympathie, wahrscheinlich deshalb, weil Machtkämpfe dramatischer, anschaulicher, dem einfachen Sinne verständlicher sind als die abstrakten, nur dem geschulten Beobachter zugänglichen Gesetzmäßigkeiten eines wirtschaftlichen Auslesekampfes. Außerdem pflegt sich die Phantasie für tyrannische, aufs Öffentliche gerichtete Erscheinungsformen des menschlichen Egoismus mehr zu erwärmen, als für die rein private, sozusagen hausbackene Betätigung dieses Triebes, und sei sie noch so tadelfrei.

8. Die juristische Fragestellung

Wir haben in den bisherigen Untersuchungen den Monopolkampf als Nichtleistungskampf mit monopolistischer Zwecksetzung erkannt. Wir haben ferner festgestellt, daß beide Abgrenzungsmerkmale, das objektive wie das subjektive, nicht nur für die volkswirtschaftliche und soziologische, sondern auch für die rechtliche Betrachtung von Bedeutung sind. Und zwar verhält es sich so, daß die objektive Abkehr vom Leistungsprinzip da, wo sie erfolgt, die berufspolitische Auslese- und die wirtschaftspolitische Organisationsfunktion des Leistungsprinzips außer Kraft setzt, während der Hinzutritt des subjektiven monopolistischen Kampfzieles diese Abkehr nicht nur notwendig macht und sie zugleich wesentlich erleichtert, sondern sie — eben vermöge dieser beiden Umstände — im großen Stile organisiert und systematisiert.

Für die rechtliche Beurteilung des Monopolkampfes ergeben sich daher folgende Fragen:

a) Ist die bisherige Abgrenzung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerb mit dem Grundgedanken unseres Wettbewerbsrechtes vereinbar oder erfordert dieser Grundgedanke nicht vielmehr eine grundsätzliche Mißbilligung *jedes* Nichtleistungskampfes? Läßt sich diese Mißbilligung des Nichtleistungskampfes konsequent durchführen und wo sind gegebenenfalls die Grenzen, jenseits derer das Recht zur Ohnmacht verurteilt ist?

Diese Fragestellung befaßt sich also mit dem Problem, *ob und in welchem Umfange die geltende Rechtsordnung und insbesondere das geltende wirtschaftliche Kampfrecht das wirtschaftspolitische Ordnungssystem der freien Verkehrswirtschaft in seinem verfassungsmäßigen Sinne schützt*, bzw. in welchem Umfange sich dieses System mit Mitteln des Rechts überhaupt schützen läßt.

b) Macht der Hinzutritt des Monopolzweckes *in dem Falle, daß die bisherige Abgrenzung zutreffend sein sollte*, eine an sich erlaubte Nichtleistungshandlung unzulässig,

aa) weil der Hinzutritt dieses Zweckes die im Zustande des Wettbewerbes harmlosen Nichtleistungshandlungen mit erlaubten Mitteln zu einer Gefahr für das wirtschaftspolitische Ordnungssystem der freien Verkehrswirtschaft macht?

bb) weil dieser Zweck als solcher dem wirtschaftspolitischen Ordnungssystem der freien Verkehrswirtschaft widerstreitet?

Diese Fragestellung befaßt sich mit dem Problem, ob die geltende Rechtsordnung und das geltende wirtschaftliche Kampfrecht das wirtschaftspolitische Ordnungssystem der freien Verkehrswirtschaft wenigstens gegen (objektiv) *besonders gefährliche* oder (subjektiv) *besonders dolose* Angriffe schützt.

c) Macht der Hinzutritt des Monopolzweckes *in dem Falle, daß der Nichtleistungskampf grundsätzlich unzulässig sein sollte*, den Nichtleistungskampf oder gewisse Arten des Nichtleistungskampfes zulässig?

Diese Fragestellung befaßt sich mit dem Problem, ob die geltende Rechtsordnung *neben* dem wirtschaftspolitischen Ordnungssystem der freien Verkehrswirtschaft noch *andere wirtschaftspolitische Ordnungssysteme*, und zwar *insbesondere das Ordnungssystem der privatmonopolistisch organisierten Wirtschaft* anerkennt und ob sie in diesem Falle den Bedürfnissen des privatmonopolistischen Wirtschaftssystems *vor* denjenigen des Systems der Wirtschaftsfreiheit den *Vorrang* einräumt, indem sie *für den Fall des Kampfes zwischen diesen beiden Systemen*

das wirtschaftliche Kampfrecht der Wettbewerbsordnung suspendiert und dem monopolistischen System die Anwendung des Nichtleistungskampfes verstattet.

9. Schlußbemerkung (die rechtspolitische Eigenbedeutung des Monopolkampfstatbestandes)

Zu diesen drei Fragen soll in einer besonderen Arbeit Stellung genommen werden.

In unserem Zusammenhang sei indessen abschließend noch ein Umstand klargestellt, der in der Diskussion über das Monopolkampfproblem erfahrungsgemäß, aber sehr zu Unrecht, vernachlässigt zu werden pflegt. Und zwar handelt es sich um den nachdrücklichen Hinweis auf die Tatsache, daß der Tatbestand des Monopolkampfes durchaus eine starke wirtschafts- und rechtspolitische Eigenbedeutung hat und im Rahmen dieser Eigenbedeutung unabhängig ist von der Schädlichkeit oder der Nützlichkeit seines Kampfzieles, d. h. von der Schädlichkeit oder der Nützlichkeit einer privatmonopolistisch organisierten Wirtschaft. Denn der Zustand des Monopolkampfes unterscheidet sich, solange er währt, nicht nur von dem Zustande der echten Wettbewerbswirtschaft, sondern auch von dem Zustande des privatmonopolistisch beherrschten und verwalteten Marktes. Während nämlich sowohl der Wettbewerb wie das private Monopol auf Dauer angelegte Organisationsformen und Organisationsprinzipien des Wirtschaftslebens sind, ist der Monopolkampf ein Marktzustand ohne jede wirtschaftsordnende und wirtschaftsorganisierende eigene Lebenskraft und Eigengesetzlichkeit, ist als Dauerzustand schlechthin undenkbar und unerträglich und äußert auch als Übergangszustand ausschließlich marktdesorganisierende, wirtschaftshemmende, wertzerstörende Wirkungen. Er ist vom wirtschaftlichen Standpunkte aus schlechthin ohne jeden Vorbehalt zu mißbilligen, gleichviel, welchem wirtschaftspolitischem Ordnungssystem man im übrigen seine Sympathien schenkt.

Aus dieser Feststellung aber ergibt sich für die rechtspolitische Behandlung des Monopolkampfproblems folgendes:

Erstens: Eine Rechtsordnung, die das System der freien Verkehrswirtschaft als einzige Organisationsform des Wirtschaftslebens vorsieht und es mit dem Schutze dieser Wirtschaftsverfassung ernst nimmt, muß den Monopolkampf verbieten und verhindern.

Zweitens: Eine Rechtsordnung, die das System der freien Verkehrswirtschaft als die normale Organisationsform des Wirt-

schaftslebens vorsieht, daneben aber die private Monopolisierung der Märkte im Wege kollektiver Vereinbarung oder großbetrieblicher Unternehmungszusammenballung duldet, muß den gewaltsamen Angriff der (an sich erlaubten) Monopolisierungstendenzen auf die normale Organisationsform der Wettbewerbswirtschaft mit den Methoden des Monopolkampfes verbieten und verhindern.

Drittens: Eine Rechtsordnung, die das System der freien Verkehrswirtschaft als eine unter mehreren Organisationsformen des Wirtschaftslebens vorsieht, jedoch dem System der privaten Monopolisierung der Märkte den Vorrang vor der Wettbewerbswirtschaft einräumt, darf im Interesse der Gesamtordnung des Wirtschaftslebens und des Gemeinwohls den Monopolkampf nur zulassen, wenn sich der Übergang von der freien zur privatmonopolistisch organisierten Wirtschaftsform nicht auch auf eine weniger wirtschaftsschädliche, weniger wertzerstörende, weniger kriegsmäßige und willkürliche Weise ermöglichen, befördern und sichern läßt. Denn die Methode der selbsthilfeweisen Monopolverwirklichung durch Nichtleistungskampf ist die denkbar elendste, schlechteste und ungerechteste Methode der Überleitung der freien Verkehrswirtschaft in eine privatmonopolisierte Wirtschaft. Und zwar aus folgenden Gründen:

a) Der Monopolkampf als solcher desorganisiert die Wirtschaft.

b) Solange der Monopolkampf das einzige Instrument zur Beseitigung der Wettbewerbswirtschaft ist, muß er immer wieder vom Zaune gebrochen, immer wieder erneuert werden, wo immer die beiden feindlichen Prinzipien auf einem beliebigen Markte aufeinander prallen. Die Gesamtwirtschaft ist dann gleichzeitig von drei nebeneinander wirkenden Marktzuständen beherrscht, nämlich auf den freien Märkten von dem Zustand des Leistungswettbewerbs, auf den unbestrittenen Monopolmärkten von dem Zustande der monopolistischen Marktherrschaft und auf dem von beiden Prinzipien in Anspruch genommenen Märkten von dem Zustande des wirtschaftsfeindlichen monopolistischen Wirtschaftskrieges.

c) Der Sieg im Monopolkampf hängt weder von der objektiven Monopolisierbarkeit des betreffenden Gewerbezweiges noch von der subjektiven Herrschaftsqualifikation des betreffenden Monopolgebildes ab, sondern vielmehr ausschließlich von dem wirtschaftlich durchaus sinnlosen Zufall der Verfügung über hinreichend wirksame Schädigungsmöglichkeiten oder über hinreichend einflußreiche Bundesgenossen, allenfalls von dem Brutalitätsgrade des monopolistischen Angreifers.

Wenn also eine Rechtsordnung dem privatmonopolistischen Wirtschaftssystem geneigt ist, so würde es wirtschaftspolitisch vernünftiger und rechtspolitisch ehrlicher sein, wenn sie diejenigen

Monopolgebilde, denen sie Vertrauen schenkt, mit dem Rechte des Zwangsanschlusses von Außenseitern bzw. mit dem Rechte, allen Gewerbegenossen ihr Marktverhalten durch einseitigen Befehl vorzuschreiben, ausstattete. Die Zulassung von Monopolkampf ist also auch in diesen Fällen nichts anderes als ein schwächliches Treibenlassen der Dinge, weder gedeckt durch die Berufung auf die ordnende Kraft des freien Auslesekampfes, noch gedeckt durch irgendeine positive wirtschaftspolitische Idee oder einen anerkannten Grundsatz des Rechtes.

Literaturverzeichnis

Amonn: Lohnhöhe, Preisniveau und Beschäftigungsgrad. Der Arbeitgeber 1931. S. 59 ff.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1926.

Bang: Organische Wirtschaft. Langensalza 1929.

Baumbach: Kommentar zum Wettbewerbsrecht. Berlin 1929.

Derselbe: Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht. JW. 1930, S. 1643.

v. Beckerath: Der moderne Industrialismus. Jena 1930.

Derselbe: Reparationsagent und Deutsche Wirtschaftspolitik. Bonn 1928.

Blum: Echter und unechter Treurabatt. Kartell-Rundschau 1930, S. 559 ff.

Briefs: Kartellkritik des Liberalismus. Magazin der Wirtschaft 1928, S. 7.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb, Kommentar. Mannheim-Berlin-Leipzig 1929.

Derselbe: Außenseiter und Kampfpreise. JW. 1930, S. 1647.

Diehl: Die rechtlichen Grundlagen des Kapitalismus. Kieler Vorträge Nr. 29. Jena 1929.

Dobretsberger: Freie oder gebundene Wirtschaft? München und Leipzig 1932.

Eger: Das Reichsgericht und die Kartelle, in Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Berlin und Leipzig 1929, Bd. IV, S. 231 ff.

Eucken: Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus. Weltwirtschaftliches Archiv 1932, S. 297 ff.

Flechtheim: Kartelle als Produktionsförderer, Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Nr. 4. Berlin 1928.

Fried: Das Ende des Kapitalismus. Jena 1931.

Friedländer: Das Kartellaufsichtsgesetz. Berlin 1924.

Geiler: Das Kartellproblem als Rechtsproblem. Frankf. Ztg., 1. Morgenbl. vom 9. September 1918.

Gestrich: Die Moral des Leistungsprinzips. Industrie- und Handels-Ztg. vom 31. Januar 1931, Nr. 26.

Goldbaum: Kartellrecht und Kartellgericht. 2. Aufl. Berlin 1926.
Gundlach: Sozialpolitik und Wirtschaftstheorie, in Stimmen der Zeit, 1930, Heft 9.
Haßbach: Untersuchungen und Adam Smith und die Entwicklung der Politischen Ökonomie. Leipzig 1891.
Derselbe: Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith begründeten politischen Ökonomie, in Staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, Bd. X, Heft 2. Leipzig 1890.
Haußmann-Holländer: Kartellverordnung. München, Berlin und Leipzig 1925.
Haußmann: Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.
Hedemann: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Jena 1929.
Heintzeler: Die Grenzen zulässiger Preisunterbietung. Berlin 1932.
Hoeniger: Schein und Wirklichkeit im Schlichtungswesen. Magazin der Wirtschaft 1931, S. 374 ff.
Derselbe: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1919.
Hoffmann: Die Antidumpinggesetzgebung des Auslandes und ihre Anwendung. Veröffentlichungen des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Heft 26, 1925.
Isay, Rudolf: Der Vernichtungszweck im Wettbewerbsrecht. RGUR. 1929.
Derselbe: Kartellgesetzgebung. Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Nr. 1. Berlin 1925.
Derselbe: Kontrahierungszwang für Monopole? Kartell-Rundschau 1929, S. 374.
Isay-Tschierschky: Kartellverordnung. Mannheim 1925.
Keller, Franz: Die rechtliche Beurteilung wirtschaftlicher Machtstellungen und des Monopolzwangs. Dissertation, Heidelberg 1930.
Kestner-Lehnich: Der Organisationszwang. 2. Aufl. Berlin 1927.
Klausing: Wirtschaftsrecht, in Festgabe für Ernst Heymann. Marburg 1931, Bd. 1, S. 1 ff.
Klein: Das Organisationswesen der Gegenwart. Berlin 1913.
Derselbe: Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften. Berlin 1914.
Derselbe: Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe. Wien 1927, 1. Bd.
Kohler, Josef: Der unlautere Wettbewerb. Berlin und Leipzig 1914.
Kronstein: Die abhängige juristische Person. München, Berlin und Leipzig 1931.
Kronstein, Heinrich: Preissenkungsaktion und gebundene Wirtschaft, in Die Justiz, 1931, S. 183 ff.
Koch: Unlautere Wettbewerbsregelung in Deutschland, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, in Markenschutz und Wettbewerb 1930, Nr. 5, 6 und 7.
Kuhr: Zur Kritik der eiseninduftriellen Preispolitik. Kartell-Rundschau 1930, S. 152 ff.
Derselbe: Staatliche Wettbewerbsregelung in den Vereinigten Staaten von Amerika. Kartell-Rundschau 1931, S. 69 ff., 165 ff.
Derselbe: Kartelle und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika. Kartell-Rundschau 1931, S. 371 ff.
Lehnich: Kartelle und Staat. Berlin 1928.
Lehnich-Fischer: Das Deutsche Kartellgesetz. Berlin 1924.
Liefmann: Kartelle, Konzerne und Trusts. 7. Aufl. Stuttgart 1927.
Derselbe: Zur Systematik wirtschaftlicher Machtstellungen. Kartell-Rundschau 1928, S. 399.
Lobe: Abwehrklage gegen Eingriffe in den Gewerbebetrieb, in LZ. 1930, S. 664 ff.

Derselbe: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Leipzig 1907, I. Band.
Lucae: Außenseiter von Kartellen. Berlin 1929.
Luley: Der Kartellzwang nach § 9 der Kartellverordnung. Kartell-Rundschau 1928, Heft 3, S. 134 ff.; Heft 5, S. 255 ff.; Heft 6, S. 327 ff.
Lederer: Wirkungen des Lohnabbaus. 1931.
Derselbe: Wege aus der Krise. Tübingen 1931.
Frhr. Marschall v. Bieberstein: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. Stuttgart 1927.
Meinhardt: Die Lehren der Kartellenquete. Bank-Archiv 1931, S. 321.
Munzer: Dynamischer Staatshaushalt. Jena 1931.
Mevert: Die Konzernbildung am Wendepunkt? Dt. Bergwerks-Ztr. vom 21. Juli 1931.
Naphtali: Die Kontrolle der Kartelle und Trusts, in Die Wissenschaft 1931, S. 43.
v. Nell-Breuning: Wirtschaftsfreiheit und wirtschaftliche Machtstellungen, in Deutsche Arbeit 1930, S. 393 ff.
Derselbe: Die soziale Enzyklika. Köln 1932.
Neumann, Franz: Der Entwurf eines Kartell- und Monopolgesetzes, in Die Arbeit 1930, S. 773.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena 1920.
Derselbe: Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929.
Derselbe: Wettbewerb und Existenzvernichtung. Kartell-Rundschau 1930, S. 128 ff.
Pinner-Elster: Unlauterer Wettbewerb. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz. 6. Aufl. Berlin 1927.
Derselbe: „Zweck" und „Mittel" im Wettbewerbskampf. LZ. 1927, S. 718 ff.
Rüstow, Alexander: Der Weg durch Weltkrise und Deutsche Krise. Europäische Revue 1930, S. 873.
Schmalenbach: Grundlagen der Selbstkostenrechnung und Preispolitik. Leipzig 1925.
Schmitt, Carl: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.
Schreier: Aufgaben der Kartelljurisprudenz, in Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 180. Bd., Das Kartellproblem, herausgegeben von Emil Lederer, 1. Teil. München und Leipzig 1930, S. 65 ff.
Sinzheimer: Der Mensch im Arbeitsrecht. JW. 1930, S. 3078.
Derselbe: Der Wandel im Weltbild des Juristen. Zeitschrift für Soziales Recht 1928, S. 2 ff.
Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. München und Leipzig 1928.
Stammler, Rudolf: Mandevilles Bienenfabel, die letzten Gründe einer wissenschaftlich geleiteten Politik. Berlin 1928.
Stark, H.: Theorie der Monopole. Nach Alfred Marshall (Die Gesetzmäßigkeiten der Monopolpreisbildung). Berlin 1931.
Tschierschky: Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht. Mannheim, Berlin, Leipzig 1923.
Derselbe: Vernichtungszweck im Wettbewerb. Kartell-Rundschau 1930, S. 253.
Derselbe: Die Kartellmonopolfrage in der neuesten Literatur. Kartell-Rundschau 1929, S. 735.
Derselbe: Der 35. Deutsche Juristentag zur Kartellfrage. Kartell-Rundschau 1928, S. 487.
Ulmer: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.
Veit: Neugestaltung des Kartellrechts. Magazin der Wirtschaft 1931, S. 155.
Vershofen: Kartelle und Gemeinwohl. Schriften der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Nr. 1. Berlin 1925, S. 12 ff.

Wimpfheimer: Zur Frage des Kontrahierungszwangs. Kartell-Rundschau 1929, S. 511.
Derselbe: Kontrahierungszwang für Monopole. Kartell-Rundschau 1929, S. 1.
Wittgensteiner: Sperren durch gentlemen agreement. Kartell-Rundschau 1929, S. 620 ff.
Wolfers: Das Kartellproblem im Rechte der Deutschen Kartelliteratur. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 180. Bd., Das Kartellproblem, herausgegeben von Emil Lederer, 2. Teil. München und Leipzig 1931.
Derselbe: Überproduktion, fixe Kosten und Kartellierung in der Auffassung der neuesten deutschen wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 60, Heft 2, S. 382.
Wunderlich: Kartellgericht und Kontrahierungszwang. Kartell-Rundschau 1930, S. 806 ff.
Zehrer: Die eigentliche Aufgabe. Die Tat 1932, S. 780.
Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey; Kommentar zum 2. Teil der Reichsverfassung, herausgegeben von Dr. Hans Nipperdey.
I. Band. Berlin 1929.
1. Thoma: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, S. 1 ff.
III. Band. Berlin 1930.
2. Lehmann: Ordnung des Wirtschaftslebens, S. 125 ff.
3. Hoffmann: Gesetzlicher Zwang, Gewerbefreiheit, S. 150 ff.
4. Stoll: Vertragsfreiheit, S. 174 ff.
5. Friedländer: Sozialisierung, S. 322 ff.
6. Nipperdey: Koalitionsrecht, S. 585.
7. Bredt: Mittelstand, S. 515.
8. Tartarin-Tarnheyden: Recht der Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie, S. 519.
9. Planitz: Zur Ideengeschichte der Grundrechte, S. 597.
F. K.: Benzinmonopole? Deutscher Volkswirt 1931, S. 1315 ff.
Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentages, Salzburg, 2. Band. Berlin und Leipzig 1929.
Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (1. Unterausschuß), 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen: sämtliche Veröffentlichungen, insbesondere 4. Teil, Kartellpolitik, 1. und 2. Abschnitt.
Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik. München und Leipzig 1932, Bd. 187.
Vierteljahrshefte zur Konjunkturforschung, 5. Jahrgang, Heft 3, S. 35 ff.
Vom Wesen der Kartelle. Magazin der Wirtschaft v. 6. September 1928, Nr. 36.
Vorlesungen über Rechts-, Polizei-, Steuer- und Heerwesen, gehalten in der Universität Glasgow von Adam Smith, nachgeschrieben von einem Studenten im Jahre 1763, in Alte Meister der Sozialwissenschaften, Band I. Halberstadt 1928.
Wirtschaftsdemokratie, ihr Wesen, Weg und Ziel, herausgegeben im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes von Fritz Naphtali. Berlin 1928.
Zur Frage der Monopolgesetzgebung in den Vereinigten Staaten. Auszug aus der Rede des amerikanischen Botschafters Frederic M. Sackett am Festabend der Berliner Rechtsanwaltschaft vom 19. März 1930. Kartell-Rundschau 1930, S. 321.

Lebenslauf

Als Sohn des Staatsanwalts Franz Böhm und seiner Ehefrau Luise wurde ich am 16. Februar 1895 in Konstanz geboren.

Von 1901 bis 1904 besuchte ich die Vorschule, von 1904 bis 1913 das humanistische Gymnasium zu Karlsruhe. Nach Abschluß der Reifeprüfung diente ich als Einjährig-Freiwilliger und nahm vom August 1914 bis November 1918 am Kriege teil.

Vom Sommersemester 1919 bis zum Wintersemester 1921/22 studierte ich Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg und legte im Jahre 1922 in Karlsruhe das Referendarexamen ab. Nach zweijährigem Vorbereitungsdienst bei badischen Gerichten und Verwaltungsbehörden bestand ich im Jahre 1924 die Staatsprüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Karlsruhe. Ende 1924 wurde ich zum Staatsanwalt beim Landgericht Freiburg ernannt und vom Februar 1925 bis zum 30. September 1931 zur Dienstleistung als Referent im Reichswirtschaftsministerium zu Berlin beurlaubt.